

LA NATURA DELLA *FACULTÉ D'EMPÊCHER* E LA TITOLARITÀ DELLA *PUISSANCE LÉGISLATIVE* SECONDO MONTESQUIEU.

UN'ANALISI STORICO-COMPARATIVA INTORNO ALL'IPOTESI DELLA PIENA PARTECIPAZIONE DELL'ORGANO ESECUTIVO ALLA FUNZIONE LEGISLATIVA

Matteo Frau*

(Università di Brescia)

Sommario: 1. Il nodo della condivisione della funzione legislativa nelle dottrine classiche della separazione dei poteri; 2. Montesquieu e il tentativo di affermare una separazione organica dell'esecutivo dalla *puissance législative*; 3. La fragilità della costruzione montesquieviana della *faculté d'empêcher* e le contraddizioni della conseguente estromissione dell'organo esecutivo dal *corps législatif* alla luce delle principali letture dottrinali del capitolo VI, libro XI, dello *Spirito delle leggi*; 4. La trasformazione della costituzione inglese nell'era di Walpole e l'equivoco relativo alla vera natura del potere negativo; 5. La comprovata attitudine del *presidential veto power* a tradursi in *faculté de statuer* nell'esperienza costituzionale americana; 6. Il veto sospensivo nella costituzione francese del 1791; 7. Conclusioni. Il problema irrisolto del legislativo condiviso.

1. Il nodo della condivisione della funzione legislativa nelle dottrine classiche della separazione dei poteri

La dottrina classica della separazione dei poteri¹ (definita da Silvestri

* Il saggio riproduce quello apparso su «Costituzionalismo.it», n° 2 (2020), pp. 59-124. Si ringrazia il direttore della rivista Gaetano Azzariti per l'autorizzazione concessa.

¹ V., *ex multis*, W.B. Gwyn, *The Meaning of the Separation of Powers. An Analysis of the Doctrine from its Origin to the Adoption of the United States Constitution*, The Hague, 1965, e M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Oxford, 1967), Indianapolis, 1998. Sull'interpretazione della teoria della divisione dei poteri in generale e sulla sua evoluzione storica, restando nell'ambito dei contributi degli studiosi italiani, si vedano, oltre alle opere citate nelle seguenti note, almeno G. Maranini, *La divisione dei poteri e la riforma costituzionale*, Venezia, 1928; A. Carena, *Il principio della divisione dei poteri nello Stato costituzionale*, in *Annali Scienze politiche*, n. 4/1932, pp. 249 ss.; P. Garofalo, *La divisione dei poteri*, Catania, 1932; G. Ballardore Pallieri,

«moderna», in contrapposizione a quella contemporanea²) ha constatato, avallandola, la partecipazione dell'organo esecutivo all'esercizio della funzione legislativa³.

Riferendosi al vertice dell'esecutivo, già Locke osservava che «[he] also has a share in the legislative power», precisando altresì che il monarca poteva definirsi «potere supremo» solo con riferimento al ramo esecutivo e quindi non in termini generali. Ciò per il fatto che il *supreme power* era, per definizione, il potere di fare le leggi, potere in cui l'esecutivo aveva *solo* una partecipazione («in which he has only a share»)⁴. E concludeva il ragionamento sottolineando l'importanza del potere negativo sulla legislazione:

«[the king] has no legislature superior to him. That is because no law can be made without his consent, and he can't be expected to consent to any that would make him subject to the other part of the legislature [enfasi aggiunta]»⁵.

Più tardi, nei suoi *Commentaries on the Laws of England* editi nel 1765, Blackstone tratta a sua volta di una «corporation» tra il monarca, i *lords* e i comuni nella quale si realizza la condivisione del potere legislativo:

Appunti sulla divisione dei poteri nelle vigente Costituzione italiana, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, pp. 811 ss.; G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, voll. I-II, Milano, 1979-1984; G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, 2ª, Milano, 2001; R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, pp. 15 ss.; F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 474 ss.; G.U. Rescigno, *Divisione dei poteri*, in C. Donati (a cura di), *Dizionario critico del diritto*, Milano, 1980, pp. 95 ss.; A. Cerri, *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIII, Roma, 1990, pp. 1 ss.; E. De Marco, *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, in A. Pace (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. I, Milano, 1999, pp. 409 ss.; A. Vignudelli, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Diritto e società*, 2006, pp. 657 ss.; V. Zangara, *Studio sulla separazione dei poteri*, in *Scritti giuridici in onore della CEDAM*, vol. II, Padova, 1953, pp. 481 ss.

² G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 670.

³ Sulla distinzione tra “funzione” e “potere”, termini qui utilizzati talora in modo generico e spesso come sinonimi, v. G. Grasso, M. Manfrellotti, *Poteri e funzioni dello stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in *Historia Constitucional*, n. 8/2007, pp. 143 ss.

⁴ J. Locke, *Essay Two: Concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, in Id., *Two Treatises of Government: In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown: The Latter, Is an Essay Concerning the Original, Extent, and End, of Civil Government*, London, 1690, cap. XIII, par. 151. Sulla controversia dottrinale intorno alla possibilità o meno di scorgere nelle tesi di Locke un'autentica dottrina della separazione dei poteri cfr. W.B. Gwyn, *The Meaning of the Separation of Powers*, cit., p. 66 ss., il quale concorda con Ernest Barker nel ritenere che la concezione lockiana della supremazia del legislativo «is a theory which does not square with the idea of the separation of powers as necessary to liberty» (ivi, p. 69), giungendo alla conclusione che Locke enfatizza piuttosto «the rule of law version of the separation of powers» (ivi, p. 77).

⁵ *Ibidem*.

«in England, this supreme power is divided into two branches; the one legislative, to wit, the parliament, consisting of king, lords, and commons; the other executive, consisting of the king alone»⁶.

Tra questi due autori si inserisce Montesquieu, con la tanto fortunata quanto problematica dottrina esposta principalmente nel capitolo VI («*De la constitution d'Angleterre*») del libro XI («*Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution*») del suo *De l'esprit des lois* del 1748, in cui parimenti non si descrive né si prescrive l'estraneità dell'esecutivo all'esercizio del potere legislativo⁷. Tuttavia il barone di La Brède, sebbene si basi pur sempre sull'osservazione – *rectius* sull'idealizzazione – della costituzione dell'Inghilterra (che peraltro egli aveva personalmente visitato tra il 1729 e il 1731, incontrandosi con Bolingbroke⁸), non contempla il vertice dell'esecutivo come parte integrante del corpo legislativo, cioè come «*part of the legislature*». Montesquieu, infatti, pur tenendo in grande considerazione l'interferenza funzionale che avviene attraverso la *faculté d'empêcher*, nondimeno configura idealmente l'organo legislativo come un corpo composto soltanto dalle due camere ed esclude l'esecutivo dalla relativa *puissance*.

Questa differenza con il pensiero di John Locke desta non pochi problemi interpretativi – ed è per certi versi persino spiazzante – se solo si pensa che Locke viene spesso indicato in dottrina come il teorico della separazione che più di altri, non solo più di Blackstone ma anche più di Montesquieu stesso, avrebbe enfatizzato la divisione tra esecutivo e legislativo⁹. E, in effetti, a differenza di questi ultimi due

⁶ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England. Book the First*, 3^a, Oxford, 1768, p. 147, ove si constata, in linea con Locke, che è nel «*British parliament*» che «*the legislative power, and (of course) the supreme and absolute authority of the state, is vested by our constitution*». E infatti: «*The constituent parts of a parliament are [...] the king's majesty, sitting there in his royal political capacity, and the three estates of the realm; the lords spiritual, the lords temporal, (who sit, together with the king, in one house,) and the commons, who sit by themselves in another. And the king and these three estates, together, form the great corporation or body politic of the kingdom, of which the king is said to be caput, principium, et finis*» (ivi, p. 153).

⁷ Interferenza, questa, che s'inscrive coerentemente nel solco della celebre affermazione di principio che Montesquieu sviluppa in un altro capitolo del citato libro XI, cioè il capitolo IV («*Continuation du meme sujet*»), ossia «*Ce que c'est que la liberté*» di cui tratta il precedente capitolo III): «*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*». Cfr. *De l'esprit des lois* (Genève, 1748), in *Oeuvres complètes de Montesquieu*, Paris, 1857, p. 264 (d'ora in poi *EL*). L'interferenza e il bilanciamento dei distinti poteri garantiscono il mantenimento del governo moderato contro il rischio di una possibile degenerazione di esso nel dispotismo, cioè nel regime strutturalmente nemico della libertà (basti qui rinviare al classico commento di N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, 1976, pp. 148 ss.).

⁸ Cfr. D. Carrithers (a cura di), *Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu*, Abingdon-New York, 2016, p. 410.

⁹ Cfr. ad esempio, A. Buratti, *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Roma, 2012, pp. 35-37. Id., *Fondare l'equilibrio. Il veto sulle leggi nelle due costituenti settecentesche*, in *Giornale di storia costituzionale*, n.1/2012, p. 34, sostiene che «John Locke fornisce una versione radicale della dottrina della separazione dei

autori, principalmente preoccupati di affermare un equilibrio tra i poteri di tipo “conservativo”, Locke, che formulò la sua teoria al tempo della *Glorious Revolution*, perseguiva il fine politico di offrire una base filosofica alla rivendicazione di potere del parlamento¹⁰.

Cionondimeno è proprio Locke, e non già Montesquieu, a contemplare il monarca come organo interno al corpo legislativo, aderendo così al modello classico che si inverte nella struttura costituzionale del *King-in-Parliament*.

E si deve aggiungere che anche William Blackstone, nonostante la supposta vicinanza ideale alla visione montesquieuviana¹¹, nei suoi commentari sulla costituzione inglese constata, come si è appena visto, che detta costituzione include il monarca nel parlamento, ritenendolo parte integrante del legislativo in virtù del suo *negative power*.

Dei tre autori, dunque, è soltanto Montesquieu a manipolare lo schema strutturale del corpo legislativo, enfatizzando la dicotomia tra la *faculté de statuer*, espressione della piena potestà legislativa, e la *faculté d’empêcher*, forma meramente negativa di partecipazione dell’esecutivo alla legislazione (v. *infra*, § 2 e § 3).

A monte di questa visione innovativa vi è la diversa idea di separazione dei poteri coltivata da Montesquieu, o meglio, vi è il differente peso che la teoria del governo misto – notoriamente ben presente anche nell’impianto montesquieuviano – esercita in seno alla dottrina dell’insigne filosofo borlese, in cui il tentativo di disarticolare l’organo esecutivo dalla *puissance législative* rivela la preminenza della componente teorica della separazione (nel senso di «distinzione»¹²) dei poteri sulla componente dottrinale ancorata alla tradizione del *regimen mixtum*, tradizione che è invece prevalente proprio nella “vera storia” della costituzione inglese¹³.

poteri, escludendo, dunque, la spettanza in capo al re di un ruolo di determinazione dei contenuti della legislazione, relegandolo a mero esecutore della legge», mentre Montesquieu offriva del governo inglese «una rappresentazione idealizzata, che ricavava dalla lettura degli scritti di Bolingbroke e da una forzata riconduzione dell’ideale classico del governo misto, proposto quale modello ideale di governo».

¹⁰ Cfr. A. Buratti, *Veti presidenziali*, cit., pp. 35-37.

¹¹ Per M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 111, Blackstone fu uno dei più importanti discepoli inglesi di Montesquieu (assieme a de Lolme e Paley), ma, proprio per via del debito a questo maestro, il suo contributo non fu particolarmente innovativo («Blackstone was not a very original thinker»).

¹² C. Schmitt, *Verfassungslehre* (München-Leipzig, 1928), trad. it. Id., *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, p. 248, utilizza l’espressione «distinzione dei poteri» preferendola in quanto «espressione più generale e comprensiva» rispetto alle altre due espressioni in uso, ossia «separazione» e «divisione», la prima delle quali significa «completo isolamento» (anche se «serve solo come punto di partenza di altre organizzazioni e successivamente, ovvero nell’ulteriore opera di disciplina, ammette ancora taluni collegamenti»), la seconda invece «significa più esattamente una distinzione interna a uno dei molteplici poteri», come ad esempio con riferimento alle due camere in cui solitamente si suddivide il potere legislativo.

¹³ Sull’importanza del *mixed government* nell’esperienza costituzionale inglese e sulle distinte linee di sviluppo del principio della separazione dei poteri e del principio del governo misto nelle tradizioni costituzionali, rispettivamente, francese e inglese, v. F. Cammisa, *Tecniche costituzionali alla prova dei fatti: governo misto e separazione dei poteri nel modello inglese e francese*, Torino, 2016, p. 8, il quale ricorda anche come l’Inghilterra, «riconosciuta da tutti come mirabile esempio dello Stato misto, gradisce esser oggetto di tanta ammirazione da parte degli osservatori stranieri», con un comprensibile orgoglio «alimentato anche dal confronto

Per dirla con Vile, «*Montesquieu stressed the separation of powers, and placed that theory in a position of equality with mixed government in his constitutional theory*»¹⁴.

Sicché, mentre la constatazione di un'interferenza di segno negativo sulla legislazione, data appunto dalla facoltà di rifiutare il *royal assent*, non impedisce né a Locke né a Blackstone di configurare il vertice dell'esecutivo come una delle tre componenti essenziali del supremo potere legislativo (re, *lords* e comuni), viceversa Montesquieu – “autentico” teorico della separazione dei poteri – utilizza il costrutto della *faculté d'empêcher* per espungere formalmente l'organo esecutivo dal corpo legislativo, in quanto il potere di veto non sarebbe una manifestazione dello *statuere*, cioè della funzione legislativa nella sua pienezza.

L'escamotage di Montesquieu si scontra tuttavia con la circostanza che il c.d. potere negativo sulla legislazione, dal veto assoluto del monarca inglese sino al veto qualificato nella costituzione degli Stati Uniti, si è sempre rivelato un potere implicitamente dotato di forza positiva e dunque idoneo a immettere l'organo che ne è titolare nell'effettivo esercizio della funzione legislativa. Come si cercherà di dimostrare meglio nel prosieguo, questo escamotage produce un'insanabile contraddizione tra la titolarità formale del potere legislativo e il suo esercizio effettivo; contraddizione che, sulla scia del lascito montesquieviano, è ancora oggi ben presente, *mutatis mutandis*, in molte costituzioni scritte ove la clausola della titolarità parlamentare della funzione legislativa si scontra con una realtà istituzionale in cui il potere legislativo risulta essere *attivamente* condiviso da tutti gli organi dell'indirizzo politico, quale che sia la forma di governo, dualistica o monistica, data.

Lo scopo dell'indagine qui promossa non è pertanto quello di ribadire i limiti, peraltro noti e ampiamente indagati, della dottrina della divisione dei poteri rispetto alla condivisione sostanziale del governo politico realizzata dall'odierna democrazia parlamentare (quale sbocco naturale – e nondimeno impreveduto e imprevedibile per il barone di La Brède – della lenta evoluzione della monarchia limitata inglese), bensì di analizzare criticamente la solidità della costruzione montesquieviana della *faculté d'empêcher* e della concezione restrittiva di corpo legislativo che ne discende e di cui reca ancora traccia la strutturazione formale del potere costituito legislativo nelle costituzioni contemporanee.

2. Montesquieu e il tentativo di affermare una separazione organica dell'esecutivo dalla *puissance législative*

vincente con il modello francese», in ragione del quale essa «si vanta del *mixed government* di re, *Commons* e *Lords*» e, per voce di illustri giuristi come Fortescue, Starkey, Ponet, Smith e altri, esalta il principio costituzionale del *King-in-Parliament*, mentre «la *balance* è sbandierata di continuo come contrassegno dell'eccellenza politica inglese, persino quando il crescente rilievo dei partiti politici nel XIX secolo imporrà un inevitabile riassetto dei vecchi equilibri».

¹⁴ M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 111, che evidenzia come, viceversa, per la maggior parte dei pensatori inglesi la separazione dei poteri era un elemento essenzialmente subordinato alla loro dottrina costituzionale e dunque meno importante della «*over-all balance of the “powers” of government maintained by the share each of them had in the legislative function*».

Nel capitolo VI del libro XI dello *Spirito delle leggi*, il filosofo bordolese sottolinea l'esigenza che la necessaria interferenza dell'esecutivo nell'esercizio della *puissance législative* sia limitata al solo scopo "difensivo" di impedire che il corpo legislativo si appropri delle attribuzioni spettanti agli altri poteri, annientandoli. Il monarca, oltre a convocare e aggiornare le assemblee, deve pertanto poter partecipare alla legislazione, ma senza alcuna facoltà dispositiva («*faculté de statuer*») bensì appunto con una mera facoltà impeditiva («*faculté d'empêcher*»)¹⁵. La giustificazione che Montesquieu fornisce al riguardo è in linea con l'impianto teorico della distinzione tra governi moderati e governi dispotici: se l'organo esecutivo non potesse arrestare le leggi del «*corps législatif*» (cioè delle due camere, quella dei rappresentanti del popolo e quella dei nobili) allora quest'ultimo sarebbe capace di conferire a se stesso, appunto tramite la legge, il potere nella sua interezza, divenendo così dispotico.

Il controllo svolto dal vertice del potere esecutivo sull'esercizio del potere legislativo si realizza dunque tramite la facoltà di impedire le leggi adottate, di comune accordo, dalla camera dei rappresentanti del popolo e dalla camera dei nobili, la quale però in alcune delicate materie è a sua volta dotata soltanto di una «*faculté d'empêcher*» (come nel caso delle leggi che concernono l'imposizione dei tributi). Essendo infatti la camera alta una camera ereditaria, portata a perseguire interessi particolari, è opportuno che, in certi casi, essa non partecipi positivamente alla definizione della legislazione¹⁶. Sicché è talvolta solo la camera bassa a poter vantare il potere di stabilire i contenuti delle leggi (*faculté de statuer*) mentre la camera alta (che pure è parte integrante del corpo legislativo), così come il vertice dell'esecutivo (che invece è estraneo ad esso), avrebbero ciascuno, in due fasi successive, un potere di "impedirle"¹⁷.

¹⁵ *EL*, libro XI, capitolo VI, pp. 267-268. Sulla distinzione tra *faculté de statuer* e *faculté d'empêcher* rispetto alla definizione di *puissance législative* v. più ampiamente *infra*, § 3.

¹⁶ «*Le corps des nobles doit être héréditaire. [...] Mais, comme une puissance héréditaire pourrait être induite à suivre ses intérêts particuliers et à oublier ceux du peuple, il faut que dans les choses où l'on a un souverain intérêt à la corrompre, comme dans les lois qui concernent la levée de l'argent, elle n'ait de part à la législation que par sa faculté d'empêcher, et non par sa faculté de statuer*» (*ivi*, p. 267).

¹⁷ Può essere utile riportare integralmente, nella loro concatenazione logica, i passaggi cruciali del complessivo ragionamento di Montesquieu sulla "redistribuzione" della funzione legislativa. Il primo passaggio riguarda la ricostruzione del potere legislativo come potere anzitutto incardinato in capo al *corps législatif*, ossia a due camere, una rappresentativa e l'altra nobiliare, di cui, come si è già detto, solo la prima è dotata sempre di pieno potere di statuire: «*Ainsi, la puissance législative sera confiée, et au corps des nobles, et au corps qui sera choisi pour représenter le peuple, qui auront chacun leurs assemblées et leurs délibérations à part, et des vues et des intérêts séparés [...]*» (*ivi*, p. 267). Il secondo passaggio, che sembra essere più problematico, riguarda l'attribuzione di una generale «*faculté d'empêcher*», simile a quella esercitabile in alcune materie dalla camera dei nobili (v. la nota precedente), anche al monarca, che però, nonostante questa forma di partecipazione negativa al potere legislativo, non viene incluso nel relativo organo (cioè nel *corps législatif*), restando "soltanto" il rappresentante della potestà esecutiva. Il terzo passaggio è la configurazione di sintesi dei rapporti tra legislativo ed esecutivo: «*Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutrice, qui le sera elle-*

Configurando la partecipazione dell'organo esecutivo alla legislazione come un'interferenza esclusivamente inibitoria, Montesquieu riesce a conciliare fra loro i due divergenti concetti compresenti nella sua dottrina, ossia, da un lato, quello di *separazione-distinzione*, e, dall'altro, quello di *interferenza-bilanciamento*¹⁸; più in particolare, Egli riesce a conferire un'indubitabile coerenza astratta alla sua visione "rivoluzionaria" del potere legislativo. Una visione in cui tale potere è attribuito a un «corpo legislativo» costituito dalle due camere e dal quale l'organo esecutivo, benché partecipi della legislazione, resta nondimeno estraneo proprio in virtù della natura puramente impeditiva della sua partecipazione.

Nonostante il pregevolissimo impianto teorico che sottende lo schema dei rapporti tra organo esecutivo e potere legislativo delineato dal pensatore bordolese, tale schema presenta nondimeno un carattere polivalente e ambiguo che ha portato a interpretazioni non univoche.

Nel solco della lettura più "tradizionale", Georg Jellinek ha constatato che per Montesquieu il potere di veto rappresenta certamente una forma di partecipazione alla procedura legislativa ma tale partecipazione non può essere qualificata come una partecipazione *positiva* alla legislazione: ciò significa che «il controllo del governo non è un atto legislativo»¹⁹, sicché al monarca Montesquieu attribuisce la sola potestà esecutiva²⁰. Ad accogliere un'interpretazione *séparatiste* della dottrina montesquieuviana, finalizzata alla critica di tale dottrina (in quanto incompatibile con l'esigenza di unità del potere politico), sono anche Léon Duguit, nel suo *Traité de droit constitutionnel* del 1911, e soprattutto Raymond Carré de Malberg, il più autorevole esponente del positivismo giuridico francese, che attribuiva a Montesquieu la tesi della specializzazione funzionale degli organi²¹.

même par la législative. Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. Mais, comme par le mouvement nécessaire des choses elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert. La puissance exécutrice ne faisant partie de la législative que par sa faculté d'empêcher, elle ne saurait entrer dans le débat des affaires. Il n'est pas même nécessaire qu'elle propose, parce que, pouvant toujours désapprouver les résolutions, elle peut rejeter les décisions des propositions qu'elle aurait voulu qu'on n'eût pas faites» (ivi, p. 269).

¹⁸ Come ricorda M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2005, pp. 2-6, la separazione dei poteri intesa come «distinzione delle funzioni» (legislativa, esecutiva e giudiziaria) è principalmente teorizzata nell'incipit del capitolo VI del libro XI, mentre la separazione dei poteri intesa come «bilanciamento dei poteri», cioè come «attribuzione delle tre funzioni distinte dalla prima tesi a organi che si bilanciano l'un l'altro» è affermata nella restante parte del capitolo VI del libro XI, nonché nel celebre passo del capitolo IV dello stesso libro (v. *supra*, nota 7).

¹⁹ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2^a, Berlin, 1905, p. 589, nota 1, osserva infatti: «*Das erkennt Montesquieu selbst an, dafs es "n'ait de part à la législation que par sa faculté d'empêcher". Ebenso ist die Kontrolle der Regierung nicht Gesetzgebungsakt. So nimmt denn jede Gewalt von der andersen das Mittel, um das Gleichgewicht zwischen ihnen zu erhalten*» (le traduzioni in italiano riportate tra virgolette nel corpo del testo, ove non diversamente precisato in nota, sono sempre a cura dell'autore).

²⁰ *Ivi*, pp. 682-683.

²¹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. II, Paris, 1922, pp. 110, 131. La tesi interpretativa per cui il barone di La Brède affermerebbe la specializzazione funzionale degli organi è stata accolta anche da alcuni tra gli studiosi italiani che hanno maggiormente influenzato la dottrina costituzionalistica contemporanea. Ad esempio, C.

Ed è proprio in un volume celebrativo dedicato a Carré de Malberg, che Charles Eisenmann, il seguace digionese di Kelsen e della teoria pura del diritto²², attacca frontalmente l'interpretazione che il primo aveva contribuito a consolidare nella scienza giuspubblicistica francese, interpretazione per cui Montesquieu affermerebbe appunto una separazione sul piano funzionale tra i tre poteri²³. Questo modo di intendere Montesquieu, scrive apertamente Eisenmann, è «erroneo», perché tra i tre poteri non si afferma invero «né separazione funzionale né separazione materiale delle autorità statali»²⁴. In particolare, nella visione di Montesquieu, «il potere legislativo – il potere di stabilire le regole legislative – è affidato, non al solo Parlamento, ma congiuntamente al Parlamento [inteso come le due camere] e al Governo [inteso come il monarca e suoi i ministri]»²⁵. Ne consegue che i poteri sono “separati” nel senso che «il loro esercizio non è attribuito al medesimo organo» mentre «non è necessario [...] che gli organi delle differenti funzioni non abbiano alcun elemento o membro comune»²⁶.

Sulla scia di queste riflessioni, su cui si tornerà più approfonditamente nel prosieguo (v. *infra*, § 3), molti interpreti sostengono anche oggi che la dottrina sviluppata dal barone di La Brède affermi la *non-specializzazione* degli organi, ove per *specializzazione* si intende appunto l'attribuzione in via esclusiva di una funzione ad uno di essi²⁷. Con toni più sfumati si è sostenuto che «è lontana dal pensiero di Montesquieu l'idea di una specializzazione funzionale assoluta»²⁸.

Mortati, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, pp. 87-88, attribuisce a Montesquieu l'idea di una «netta divisione fra le funzioni». Nella ricostruzione del pensiero montesquieuiano proposta da Mortati «le tre funzioni sono viste come nettamente separate ed incomunicabili, e di conseguenza nessuna influenza *positiva* è possibile da parte degli organi titolari di una di esse su quelli titolari di altre [enfasi aggiunta]». Ma cfr. anche A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, pp. 363-364.

²² Come ricorda M. Goldoni, *Dal potere 'separato' a quello distribuito: Charles Eisenmann lettore dell'Esprit des lois*, in D. Felice (a cura di), *Montesquieu e i suoi interpreti*, Pisa, 2005, p. 760, Eisenmann prepara la sua tesi di dottorato sulla giustizia costituzionale recandosi a Vienna tra il 1926 e il 1927 e prendendo contatto con Hans Kelsen, il quale scriverà poi la prefazione al lavoro di Eisenmann. Di qui un rapporto di reciproca stima di cui è testimonianza anche la traduzione in francese delle opere di Kelsen da parte del costituzionalista di Digione.

²³ Ch. Eisenmann, *L'«Esprit des lois» et la séparation des pouvoirs*, in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, 1933 (ristampa, Paris, 1977), pp. 165-166, contro la tesi di R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, cit., pp. 5, 8, 35- 36, 110, 131. Infatti, per Eisenmann, «*en effet, Montesquieu n'a jamais proclamé qu'il crût nécessaire de spécialiser fonctionnellement les organes étatiques et voulût donc le faire*» (*ivi*, p. 177).

²⁴ Ch. Eisenmann, *L'«Esprit des lois» et la séparation des pouvoirs*, cit., pp. 166- 167.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ivi*, p. 180.

²⁷ In questo senso, fra gli altri, M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, cit., p. 4, afferma che Montesquieu, nel capitolo VI del libro XI dello *Spirito delle leggi*, «applica l'idea del bilanciamento dei poteri distribuendo le funzioni statali, o meglio le due funzioni specificamente politiche – legislazione ed esecuzione – secondo il criterio della non-specializzazione degli organi»; mentre il giudiziario «è l'unico potere per il quale vale il criterio tecnico della specializzazione nelle funzioni» (*ivi*, p. 6).

²⁸ Così G. Silvestri, *Poteri dello Stato*, cit., p. 672, che tuttavia ricorda anche come, nella costruzione montesquieuiana, «legislazione ed esecuzione si presentano [...] come una coppia concettuale che esprime due funzioni distinte, ciascuna delle quali si incarna in un'entità

Nonostante l'ampiezza del dibattito che ha accompagnato nei secoli l'interpretazione della teoria e della dottrina di Montesquieu e il tentativo di un loro adattamento all'evoluzione storica dei regimi politici, sembra potersi affermare che la concezione della *faculté d'empêcher* merita di essere ancora oggi indagata proprio perché, essendo sottesa dallo scopo di conciliare l'idea della separazione dei poteri con quella del loro bilanciamento, costituisce la fragile chiave di volta del rapporto tra organo esecutivo e potere di fare le leggi.

Ciò premesso, il problema dell'indubitabile tensione tra il principio della separazione tra esecutivo e legislativo, da un lato, e la contestuale affermazione della partecipazione dell'esecutivo all'esercizio del potere legislativo, dall'altro, non può risolversi attraverso l'escamotage della distinzione tra *faculté de statuer* e *faculté d'empêcher*. Come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, infatti, il potere di impedire le leggi, perlomeno se affidato a un organo politico, porta seco un'incomprimibile facoltà di negoziazione. La contraddizione, se esiste, è dunque a monte e risiede nella pretesa di giustificare la formale estromissione dell'organo esecutivo dal corpo legislativo sulla base della presunzione che il potere di impedire le leggi non possa tradursi nel potere di determinarne i contenuti.

Gli studi comparativi dedicati al potere di veto e al suo concreto funzionamento nelle forme di governo dimostrano che, al di là della classificazione dell'istituto in questione basata sui suoi effetti giuridici nelle diverse costituzioni date (veto assoluto, qualificato, sospensivo, traslativo o mero rinvio)²⁹, ciò che conta maggiormente è il contesto istituzionale e politico nel quale il tipo di veto opera e, in particolare, il modo in cui viene configurato il potere del capo dello stato (puro potere di garanzia o potere di indirizzo o potere misto)³⁰. E a contare, nella prassi costituzionale, sono spesso anche la personalità e le convinzioni del capo dello stato *pro tempore*.

Gli elementi di debolezza del costrutto montesquieviano della *faculté d'empêcher* emergono pertanto sotto un duplice profilo. Anzitutto essi si manifestano sotto forma di contraddizioni insite nello stesso schema teorico che distingue tale facoltà dalla *puissance législative*; contraddizioni, queste, che – come si vedrà – permangono quale che sia la chiave di lettura o l'interprete del pensiero montesquieviano di volta in volta considerati (v. *infra*, § 3). Ma poi tali elementi di debolezza trovano ampia conferma nel dato comparativo, ove si provi a confrontare il modello ideale-prescrittivo della *faculté d'empêcher* con le sue principali applicazioni storiche, ossia: il *negative power* della corona nella costituzione inglese, cioè nell'esperienza che principalmente ha ispirato la teoria sviluppata nel capitolo VI del libro XI dello *Spirito delle leggi* (v. *infra*, § 4); il veto qualificato presidenziale nella costituzione americana, cioè nel modello razionalizzato che, viceversa, dallo schema dottrinale di Montesquieu ha prevalentemente tratto ispirazione³¹ (v. *infra*, § 5);

soggettivamente separata, cui sono assegnati i limiti nascenti dalla sua stessa qualificazione funzionale».

²⁹ Per cui si veda anzitutto la pentapartizione proposta da M. Maier, *Le veto législatif du Chef de l'État. Étude de droit constitutionnel comparé*, Genève, 1947.

³⁰ Cfr. i modelli descritti da A. Buratti, *Veti presidenziali*, cit., pp. 17-27.

³¹ È, tra gli altri, G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, 1996, p. 29, ad affermare che l'organizzazione dei poteri nella costituzione americana ha subito una prevalente influenza da parte del pensiero di Montesquieu rispetto al pensiero di Locke. Più

infine, il veto sospensivo nel sistema dualista della costituzione francese del 1791, in cui parimenti si tenta di riprodurre una parte essenziale dell'idea montesquieuviana del corpo legislativo, radicalizzandola nella versione monocamerale dell'assemblea nazionale ma basandola pur sempre sull'affermazione di una (presunta) separazione dell'esecutivo dalla *puissance législative* (v. *infra*, § 6)³².

La riflessione critica di seguito sviluppata riguarda appunto, nello specifico, questo postulato essenziale della dottrina montesquieuviana, ossia il costrutto logico che fa discendere dalla natura della *faculté d'empêcher* la negazione della contitolarità della *puissance législative* da parte dell'organo esecutivo. Spingersi oltre questi limitati, e nondimeno già ambiziosi, confini sarebbe davvero un azzardo, tenendo conto che già esiste un giudizio esaustivo sul c.d. mito liberale della separazione dei poteri³³ nonché sull'utilità residuale di tale dottrina a fronte dell'evoluzione delle forme di governo e, in particolare, a fronte dell'affermazione del regime parlamentare, che rappresenta, per usare una felice espressione di René Capitant, «*le contre-pied de la séparation des pouvoirs*»³⁴.

in generale si vedano, tra i molti studi in materia, P.M. Spurlin, *Montesquieu in America 1760-1801* (Baton Rouge, 1940), New York, 1969; S. Cotta, *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la constitution fédérale des États-Unis*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, n. 1/1951, pp. 225 ss.

³² La costituzione statunitense del 1787 e quella francese del 1791 sono infatti le due costituzioni rivoluzionarie che – come osserva A. Carena, *Il principio della divisione dei poteri nello Stato costituzionale*, cit., p. 260 – per «prime, trasformarono il principio della separazione dei poteri da principio essenzialmente politico in norma costituzionale, facendo di quella che era un'aspirazione verso lo Stato migliore un criterio assunto ormai dal diritto positivo» (anche se – come precisa l'a., *ivi*, p. 261 – resta controverso il peso che la dottrina politica di Montesquieu ha avuto sulle scelte dei costituenti americani; ma sul punto v., più ampiamente, *infra*, § 5).

³³ Per una ricostruzione del pensiero costituzionalista critico verso la dottrina classica della separazione dei poteri v. J.P. Feldman, *La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques*, in *Revue Française de droit constitutionnel*, n. 3/2010, pp. 483 ss. Guardando agli studiosi italiani, basti qui citare l'opinione di N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di Politica*, Torino, 2004, p. 203, per il quale il principio della separazione dei poteri «rischia di diventare un dogma ambiguo e misterioso per un duplice ordine di ragioni. Da un lato, per la diversità dei modi con cui giuridicamente si è attuata sino ad oggi l'esigenza di dividere il potere, e, dall'altro, per l'impossibilità di spiegare, in modo sufficientemente realistico, la dinamica dei nostri sistemi democratico-parlamentari, partendo da questo principio, formulato nel Settecento per regimi monarchici quando l'aristocrazia deteneva ancora un potere politico». G. Silvestri, *Poteri dello Stato*, cit., pp. 672-673, ha in proposito affermato che la «fortuna» della dottrina di Montesquieu risiede nell'aver colto un tratto saliente dello stato moderno, che consiste nella «apparente distribuzione del potere tra i vari organi e [nel]la sua effettiva concentrazione al di fuori di essi»; valorizzando questa intuizione della dottrina montesquieuviana, egli osserva come la scissione tra sede del potere politico reale e sede del potere formale, «considerata da molti una “degenerazione” contemporanea dello Stato dominato dai partiti, è invece un carattere connaturato ed essenziale dello Stato borghese moderno, all'interno del quale non è possibile la ricomposizione tra potere reale e potere formale senza l'eliminazione del sistema delle garanzie».

³⁴ R. Capitant, *La réforme du parlementarisme*, in Id., *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, 2004, p. 327. Guardando al sistema di governo britannico che si sta evolvendo in senso “autenticamente” parlamentare, W. Bagehot, *The English Constitution (London, 1867)*, Miles Taylor (a cura di), Oxford, 2001, p. 11, propone a sua volta la sua citatissima definizione

In altre parole, ciò che si vuole qui dimostrare è che, a prescindere dall'evoluzione successiva delle forme di governo sfociata nell'impianto monistico del regime parlamentare, esiste comunque un difetto d'origine nella ricostruzione montesquieuiana della *faculté d'empêcher* che sembra compromettere la conseguente descrizione dei rapporti tra esecutivo e legislativo, riverberandosi fatalmente sull'attuale, residua, validità deontologica della dottrina della separazione dei poteri.

Il potenziale speculativo della critica in questione, come si accennerà in conclusione, non è dunque puramente storicistico-filosofico, poiché il dogma positivizzato dell'estromissione dell'esecutivo dalla contitolarità della funzione legislativa, alimentato dal costituzionalismo rivoluzionario, dal pensiero repubblicano ottocentesco e infine dall'ideologia democratica novecentesca, origina in fin dei conti proprio dalla premessa in questione (v. *infra*, § 7).

3. La fragilità della costruzione montesquieuiana della *faculté d'empêcher* e le contraddizioni della conseguente estromissione dell'organo esecutivo dal *corps législatif* alla luce delle principali letture dottrinali del capitolo VI, libro XI, dello *Spirito delle leggi*

La proposta ricostruttiva formulata da Montesquieu con riferimento al rapporto del vertice dell'esecutivo con il potere legislativo sembra andare incontro ad almeno due possibili livelli di obiezione, cui si è già accennato nel paragrafo precedente: (a) in primo luogo, sul piano teorico, a prescindere dalle varie interpretazioni della dottrina montesquieuiana, non pare potersi negare in via di principio l'idoneità della «*faculté d'empêcher*» a incidere sui contenuti della legge e a tradursi *de facto* in «*faculté de statuer*», con la conseguenza che l'esclusione dell'organo esecutivo dal corpo legislativo si baserebbe su premesse sbagliate (v. *infra*, in questo paragrafo); (b) in secondo luogo, sul piano comparativo, la visione riduttiva dell'interferenza dell'esecutivo nel legislativo sembra essere contraddetta dal dato storico della effettiva condivisione inter-organica dell'attività legislativa sia nell'esperienza cui maggiormente s'ispira l'autore, cioè la costituzione inglese (v. *infra*, § 4), sia nell'esperienza che maggiormente dall'autore ha tratto ispirazione, cioè la costituzione americana (v. *infra*, § 5), nonché nella breve parentesi della costituzione francese del 1791 (v. *infra*, § 6).

Cominciando dall'analisi degli elementi di debolezza insiti nella stessa costruzione teorica della *faculté d'empêcher* si deve anzitutto ribadire che è proprio

dell'«efficient secret» della costituzione inglese, e cioè «*the close union, the nearly complete fusion, of the executive and legislative powers*». Ma Bagehot precisa anche: «*According to the traditional theory, as it exists in all the books, the goodness of our constitution consists in the entire separation of the legislative and executive authorities, but in truth its merit consists in their singular approximation. The connecting link is the Cabinet*» (ivi, p. 12). A parte il problema dell'evoluzione in senso monistico della forma di governo, strettamente intesa, la dottrina della separazione dei poteri ha dovuto altresì confrontarsi con il tema, connesso, dell'evoluzione della forma di stato e con quella crescente esigenza di unità di indirizzo politico che si è rivelata necessaria per realizzare l'ambizioso programma dello stato democratico-sociale, come bene evidenzia, tra gli altri, G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, cit., *passim*. Per questo aspetto, v. anche la nota precedente.

servendosi di tale categoria che Montesquieu riesce a giustificare la pretesa estromissione dell'organo esecutivo dalla *puissance* e dal *corps* legislativi. È infatti la sola distinzione concettuale tra facoltà di statuire e facoltà di impedire, e null'altro, a conferire una certa coerenza sistematica alla scelta, che diversamente apparirebbe irragionevole, di confinare l'organo esecutivo al di fuori del «corpo legislativo», pur affermando la sua necessaria «partecipazione» all'esercizio dell'omonimo potere.

Non deve pertanto sorprendere che la *faculté d'empêcher* sia stata fatta oggetto di letture approfondite e spesso fra loro confliggenti da parte dei costituzionalisti che si sono cimentati nell'interpretazione del testo di Montesquieu, ma in nessun caso – sembra potersi dire – giungendo a un superamento della contraddizione di cui si sta discutendo.

Si è già ricordato come la tesi interpretativa della specializzazione funzionale degli organi affondi le sue radici proprio nella controversa esegesi della *faculté d'empêcher*, che per Jellinek determinerebbe una partecipazione puramente «negativa» al potere di riferimento e dunque una forma di interferenza atta a preservare la netta separazione funzionale tra l'organo esecutivo e il corpo legislativo, essendo quest'ultimo il solo a poter esercitare un potere legislativo di segno positivo (v. *supra*, § 2). Sviluppando questo ragionamento, Raymond Carré de Malberg introduce una distinzione più articolata tra partecipazione «diretta» e partecipazione «indiretta» alla legislazione. Per Carré de Malberg il potere di veto e la sanzione non sarebbero due atti omologhi e contrari ma piuttosto due strumenti rispondenti a ragioni diverse. Mentre il potere di veto rientrerebbe a pieno titolo nella «*faculté d'empêcher*», costituendo pertanto un mero «*pouvoir de résistance*», il potere di sanzione sarebbe viceversa una «*faculté de statuer*», cioè un potere di normazione diretta, tale da comportare un concorso attivo al confezionamento della legge e dunque tale da «associare intimamente il capo dello Stato alla legislazione» così da farne «una parte integrante dell'organo legislativo»³⁵. La lettura di Carré de Malberg ha incontrato la critica di quanti hanno eccepito che le deduzioni formulate da questo autore non sono in realtà ricavabili dal testo di Montesquieu³⁶. A parte l'opinabilità della distinzione tra potere di veto e potere di sanzione, la conclusione di Carré de Malberg è equivalente a quella di Jellinek e va nel senso di attribuire a Montesquieu la tesi della separazione funzionale dell'esecutivo dal legislativo: quantunque lo stesso Montesquieu parli esplicitamente di una «partecipazione» dell'organo esecutivo al potere legislativo, tale partecipazione deve avvenire nella forma di un veto inteso come mero potere di resistenza, quale è appunto la *faculté d'empêcher*. Non si tratta dunque di una partecipazione *diretta* alla potestà legislativa, men che meno di una partecipazione alla proposta e alla discussione del testo di una legge.

Charles Eisenmann irrompe in questo dibattito proponendo un'interpretazione molto differente della *faculté d'empêcher* e della *puissance législative*. Il costituzionalista digionese, come pure si è già accennato, contesta la tesi della separazione funzionale tanto nella visione di Jellinek quanto in quella di Carré de

³⁵ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, cit., p. 18, nota 2. In senso conforme cfr. J.J. Chevallier, *De la distinction établie par Montesquieu entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher*, in *Mélanges Hauriou*, Paris, 1929, pp. 141, 144.

³⁶ G. Glénard, *La doctrine publiciste française et la faculté d'empêcher*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2004, p. 101, parla di una «*lecture tendancieuse et partielle*».

Malberg. Il primo, che parla di una «partecipazione negativa» dell'esecutivo al potere legislativo, introduce una tesi «sicuramente infelice», posto che qualsiasi partecipazione a un potere è per definizione positiva, sicché «partecipazione negativa» non può significare altro che «non partecipazione» così come «potere negativo» non può che voler dire «non potere»³⁷. Carré de Malberg, che invece distingue tra «partecipazione diretta» alla legislazione, consistente nella proposta o iniziativa della legge, e «partecipazione indiretta», consistente nel potere di opporsi a tale iniziativa, finisce per suggerire una definizione restrittiva della funzione legislativa, che consisterebbe esclusivamente nella «redazione di un testo di legge»³⁸.

Chiarendo che la *puissance législative* va intesa in senso più lato, Charles Eisenmann osserva che il potere di veto, in quanto potere corrispondente alla negazione della sanzione, rende il capo dello stato parte integrante dell'organo legislativo³⁹.

Eisenmann ritiene che la distinzione tra lo strumento della sanzione e quello del veto, sulla base della dicotomia tra «*faculté de statuer*» (il primo) e «*faculté d'empêcher*» (il secondo), è destituita di ogni fondamento in quanto i due strumenti, sanzione e veto assoluto, sono sostanzialmente corrispondenti tra loro ed entrambi inclusi nella medesima «*faculté d'empêcher*»⁴⁰. Quest'ultima assicura peraltro la piena partecipazione dell'esecutivo al potere legislativo (ossia al «*pouvoir d'édicter les règles législatives*») dovendosi rigettare la semplicistica assimilazione di tale potere al «confezionamento» della legge ossia alla potestà di «elaborare il suo testo»⁴¹.

In conclusione, nell'interpretazione di Eisenmann, la dottrina montesquieviana afferma – proprio tramite il costrutto della *faculté d'empêcher* – l'effettiva partecipazione dell'esecutivo al potere legislativo, tale partecipazione potendo avvenire o nella forma del «diritto di rendere nulla» la risoluzione altrui (con il veto) o nella forma alternativa del «diritto di approvarla» (con la sanzione).

Non si tratterebbe pertanto di una *separazione* dei poteri ma di una *distribuzione* dei poteri basata su un divieto di cumulo di più *puissances* in capo a un medesimo organo, conformemente al celebre passaggio del capitolo VI, per cui: «*Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la*

³⁷ Ch. Eisenmann, *L'«Esprit des lois» et la séparation des pouvoirs*, cit., p. 170, in nota.

³⁸ *Ibidem*, ove l'a. altresì precisa: «*Et, en effet, M. Carré de Malberg présente le refus de l'initiative législative comme l'exclusion de toute participation au moins directe à la fonction législative, d'où l'on peut induire que l'initiative est, à ses yeux, la participation par excellence à cette fonction (de fait, c'est l'exclusion de l'initiative législative du gouvernement que la plupart des auteurs mettent au premier rang des corollaires de la séparation des fonctions). Au contraire, le Monarque de Montesquieu, sans le consentement ou contre l'opposition de qui aucune règle législative ne pourra entrer en vigueur, ne participerait pas au pouvoir législatif, parce qu'il ne participerait pas à la proposition ni à la discussion de la loi*».

³⁹ «*Nous admettons donc que le veto législatif est un attribution législative, qu'il associe celui – individu ou corps – qui en est investi au pouvoir législatif et en fait donc un élément de l'organe législatif*» (*ivi*, p. 167, nota 2).

⁴⁰ *Ivi*, p. 167, nota 2, e p. 171, nota 2 («*il n'y a pas de différence de fond entre sanction et veto absolu*»).

⁴¹ *Ivi*, p. 171, in nota, ove peraltro l'a. introduce a sua volta un'ambigua distinzione tra «*pouvoir de décider du contenu des lois*», che corrisponderebbe a una definizione adeguata di «*pouvoir législatif*», e, per l'appunto, la semplice «*élaboration de son texte*», che viceversa non lo sarebbe.

*puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté [...]»*⁴².

Se dunque c'è un errore nella dottrina di Montesquieu, suggerisce Eisenmann, questo risiede nell'aver definito in generale le camere parlamentari come «*puissance législative*» e l'organo governativo (cioè il monarca e i suoi ministri) come «*puissance exécutive*»⁴³. Il parlamento, quindi, non è il potere legislativo: esso semplicemente partecipa del potere legislativo («*a simplement part au pouvoir législatif*») oltre a controllare l'esecuzione delle leggi⁴⁴.

Ma la ricostruzione proposta da Eisenmann della *distribuzione* (non più *separazione*) dei poteri sembra potersi a sua volta definire una lettura forzata di Montesquieu nella misura in cui essa mira a disegnare l'organo esecutivo come il terzo elemento in cui si articola la struttura complessa ma unitaria del legislativo. Conclusione, quest'ultima, che appare senz'altro molto convincente ma soltanto a condizione che la si intenda come il frutto di una lettura alternativa a quella proposta da Montesquieu e non già come una delle possibili letture di Montesquieu. Se è vero che il pensatore bordolese «fedele all'antica *iurisdictio*, teneva soprattutto all'indipendenza della funzione giudiziaria dal politico»⁴⁵, è anche vero che il modello montesquieviano che emerge dal dato testuale relativo alla costituzione inglese "idealizzata" dal *Président* mira a spaccare anche il *gubernaculum* – cioè l'unitario potere politico di governo di concezione medievale – in due *puissances* ben distinte fra loro, ancorché legate da forme di interferenza funzionale strettamente necessarie alla garanzia dell'equilibrio.

In definitiva, sembra potersi affermare che la lettura di Eisenmann, nel

⁴² *EL*, libro XI, capitolo VI, p. 265.

⁴³ Ch. Eisenmann, *L'«Esprit des lois» et la séparation des pouvoirs*, cit., p. 172, nota 1, dove si afferma che tale «*terminologie équivoque*» avrebbe grandemente contribuito al diffondersi di opinioni erranee sulle «*véritables idées de Montesquieu*».

⁴⁴ *Ivi*, p. 171. In proposito va anche detto che il discepolo digionese di Kelsen sembra allontanarsi dall'opinione che della dottrina di Montesquieu aveva il grande maestro praghese. Infatti, per H. Kelsen, *Demokratie*, in *Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie*, I. Serie, V. Band, Tübingen, 1927, pp. 37 ss., trad. it. Id., *Il primato del parlamento*, a cura di Carmelo Geraci, Milano, 1982, pp. 22-23: «[...] il fine politico per il quale sin da Montesquieu è stato recitato il dogma della separazione dei poteri, non è stato affatto quello di preparare la via alla democrazia ma piuttosto quello contrario, cioè quello di dare al monarca, che il movimento democratico aveva quasi escluso dalla funzione legislativa, un'altra possibilità di spiegare il proprio potere nel settore esecutivo. [...] Ciononostante, la separazione dei poteri ha dato in effetti buona prova in senso democratico nel campo dell'organizzazione dello stato, sottraendo all'influenza diretta del governo l'importante fase della formazione della volontà generale dello stato, schiudendola all'influenza diretta dei destinatari delle norme e riducendo la funzione di governo alla esecuzione delle leggi» (enfasi aggiunta). Eppure, per M. Goldoni, *Dal potere 'separato' a quello distribuito*, cit., p. 770, esisterebbe un «nocciolo kelseniano» nella lettura di Eisenmann, provato dal fatto che essa privilegia la centralità della funzione legislativa: «attribuendo grande importanza alla determinazione della competenza legislativa nel capitolo 6, egli ritiene di poter dimostrare la presenza evidente di una gerarchia delle norme stabilita espressamente da Montesquieu». In tema v. anche C. Roehrsen, *Della separazione dei poteri in Montesquieu e Kelsen con particolare riguardo al potere esecutivo*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, n. 5/1989, pp. 659 ss.

⁴⁵ N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1992, ora online (Treccani.it), p. 18.

riconoscere l'attitudine del potere di veto a permettere la piena partecipazione dell'esecutivo al legislativo, minimizza la circostanza che la categoria della *faculté d'empêcher* è impiegata dal filosofo bordolese al fine opposto di tracciare un solco tra le *puissances* politiche e, soprattutto, non risolve ma anzi aggrava la contraddizione del pensiero montesquieuiano nella parte in cui esso pretende di ricostruire la *faculté d'empêcher* come un potere teleologicamente limitato da uno scopo difensivo, quello di impedire le leggi "dispotiche". Alla luce della lettura proposta dal costituzionalista di Digione riesce infatti difficile conciliare il dato ontologico e incontrovertibile per cui, attraverso la *faculté d'empêcher*, l'esecutivo viene certamente a «far parte del potere legislativo» con il dato deontologico e controvertibile per cui tale partecipazione non potrebbe mai tradursi in una *faculté de statuer*, cioè in un contributo positivo alla definizione del testo di una legge⁴⁶.

È evidente che Montesquieu ha delineato la dicotomia tra *faculté d'empêcher* e *faculté de statuer* non solo e non tanto al fine di introdurre una (invero scivolosa) distinzione tra mera partecipazione al potere legislativo e pieno esercizio del potere legislativo, ma anche e soprattutto allo scopo di circoscrivere a una dimensione puramente negativa la modalità di partecipazione dell'organo esecutivo al legislativo. In altri termini, la *faculté d'empêcher* immaginata da Montesquieu sarebbe per sua natura inidonea a fare dell'esecutivo un organo capace di co-decidere i contenuti della legge, posto che tale potere di impedimento e prevenzione dovrebbe essere attivato, nell'utopistica visione montesquieuiana, esclusivamente in presenza di iniziative di legge volte ad «annientare» gli altri poteri⁴⁷.

Per dimostrare che questa è l'autentica *ratio* della *faculté d'empêcher* nel sistema idealizzato da Montesquieu è sufficiente abbandonare per un attimo i filtri interpretativi e tornare alle considerazioni svolte direttamente da quest'ultimo. La partecipazione dell'esecutivo al legislativo è resa necessaria, nell'impianto montesquieuiano, dall'esigenza di impedire che il corpo legislativo, tramite l'abuso delle leggi, si appropri anche del potere esecutivo divenendo così dispotico; per questo motivo l'organo esecutivo deve appunto poter esercitare una «*faculté d'empêcher*», e giammai una *faculté de statuer*: «*Si le monarque prenait part à la législation par la faculté de statuer, il n'y aurait plus de liberté. Mais comme il faut pourtant qu'il ait part à la législation pour se défendre, il faut qu'il y prenne part par la faculté d'empêcher*»⁴⁸. Montesquieu assimila tale ultima facoltà al potere dei tribuni di Roma. Ed è certamente degno di nota che più tardi anche Blackstone, nei suoi *Commentaries on the Laws of England*, proponga a sua volta un accostamento tra il potere negativo della corona e il potere di veto dei tribuni romani⁴⁹. Ma tale accostamento – e questo è

⁴⁶ In continuità con la tesi di Eisenmann, M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, 1973, p. 27, afferma che la *faculté d'empêcher* rappresenta certamente una forma di partecipazione alla funzione legislativa, ancorché non la piena partecipazione alla funzione assicurata solo dalla *faculté de statuer*. Ma Troper non esclude che il titolare della *faculté d'empêcher* possa anche vantare il diritto di proporre la legge e di incidere pertanto sui contenuti della legislazione (cfr., su questo aspetto, G. Glénard, *La doctrine publiciste française et la faculté d'empêcher*, cit., p. 111).

⁴⁷ *EL*, libro XI, capitolo VI, p. 267.

⁴⁸ *Ivi*, p. 268.

⁴⁹ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, cit., p. 154: «*For we may apply to the royal negative, in this instance, what Cicero observes of the negative of the Roman tribunes,*

un punto dirimente – non impedisce a Blackstone di riconoscere che la corona è nondimeno pienamente inclusa nella «*great corporation*» titolare del potere legislativo (v. *supra*, § 1). A differenza di Montesquieu, infatti, Blackstone afferma esplicitamente che il re, parte integrante del parlamento inglese, condivide con le camere la funzione legislativa per il tramite di un «*power of rejecting rather than resolving*»⁵⁰. Sicché, pur muovendo da una visione riduttiva – al pari di quella proposta da Montesquieu – delle implicazioni del c.d. *royal negative*, Blackstone conferma tuttavia la classica visione strutturale del potere legislativo inglese come potere di cui è investito quell'organo costituzionale complesso che include sia le camere che la corona; mentre Montesquieu, proprio sulla base di un'analoga costruzione della *faculté d'empêcher*, perviene alla conclusione opposta di escludere l'organo esecutivo dal *corps législatif*⁵¹.

Tornando alle riflessioni del *Président*, quest'ultimo definisce la «*faculté d'empêcher*» come «*droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre*»⁵².

Per usare le parole dell'illustre storico del diritto romano Giuseppe Grosso, i tribuni di Roma «non venivano inseriti nella costituzione con una funzione positiva, non avevano né l'*imperium* né gli *auspicia*, avevano solo un'arma negativa, che era però poderosa, l'*intercessio*, il diritto di veto, con cui potevano fermare qualsiasi atto dei pubblici poteri (con talune eccezioni)»⁵³. Se questa fu dunque la reale consistenza del potere dei tribuni di Roma, allora pare potersi dire che il riferimento comparativo di Montesquieu sembrerebbe, almeno a prima vista, appropriato.

Egli infatti esclude perentoriamente, come si è già accennato, l'ipotesi che la «*faculté d'empêcher*» dell'esecutivo possa tradursi in una «*faculté de statuer*», ossia nel «*droit d'ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre*»⁵⁴. Ed è particolarmente significativo che questa definizione della *faculté de statuer* sia in parte sovrapponibile alla definizione che lo stesso Montesquieu, all'inizio del citato capitolo VI, dà della «*puissance législative*», essendo quest'ultima descritta appunto come il potere mediante il quale «*le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites*». Dunque, nel costrutto proposto dal barone di La Brède, la *puissance législative* tende a coincidere con la *faculté de statuer*, cioè con il potere di creare un certo comando giuridico o di emendarlo. La *faculté d'empêcher*, viceversa, non può mai riguardare, in positivo, la scelta dei contenuti della legislazione ma soltanto, in negativo,

that the crown has not any power of doing wrong, but merely of preventing wrong from being done. The crown cannot begin of itself any alterations in the present established law; but it may approve or disapprove of the alterations suggested and consented to by the two houses».

⁵⁰ «*It is highly necessary for preserving the balance of the constitution, that the executive power should be a branch, though not the whole, of the legislature. [...] To hinder therefore any such encroachments, the king is himself a part of the parliament: and, as this is the reason of his being so, very properly therefore the share of legislation, which the constitution has placed in the crown, consists in the power of rejecting rather than resolving; this being sufficient to answer the end proposed» (ibidem).*

⁵¹ In effetti, M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 115, ritiene che Blackstone, pur essendo «*disciple and plagiarist*» di Montesquieu, fu anche qualcosa di più: «*He made an essential English interpretation of Montesquieu*».

⁵² *EL*, libro XI, capitolo VI, p. 267.

⁵³ G. Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1952, p. 100.

⁵⁴ *EL*, libro XI, capitolo VI, p. 267.

l'impedimento di leggi ritenute "dispotiche", senza dunque alcun diritto di proporre o di emendare la legislazione. Montesquieu conferma la sua lettura stringente quando, nel rimarcare la distinzione tra facoltà di statuire e facoltà di impedire, precisa che, benché chi detenga quest'ultima facoltà possa avere anche il «diritto di approvare», tale approvazione in realtà altro non è che una «dichiarazione» di non fare ricorso alla propria facoltà di impedire⁵⁵.

In conclusione – osserva l'insigne bordolese in un passaggio successivo – siccome la *puissance exécutive* non fa parte della *puissance législative*, se non che «*par sa faculté d'empêcher*», allora ne discende che «*elle ne saurait entrer dans le débat des affaires*»⁵⁶.

Ma ecco il punto. Questo sillogismo è viziato nelle sue premesse.

In realtà, il potere di veto (quale che ne sia la declinazione specifica) è sempre potenzialmente idoneo a configurare un'implicita *faculté de statuer* e cioè esso non è mai un mero *pouvoir de résistance* o, per chi valorizza questa distinzione, un mero *pouvoir d'annuler*.

Tornando all'*intercessio* dei tribuni romani e al pensiero di Giuseppe Grosso, questi ha osservato che le potestà negative, tra cui il veto, hanno in realtà un fine positivo, mirano cioè sempre a un risultato, che non è necessariamente soltanto quello di impedire l'approvazione di una certa risoluzione⁵⁷.

Del resto, anche gli studi sulla maggioranza concorrente e sulla democrazia consensuale rivelano che il potere di veto è idoneo a tradursi in un potere di negoziazione dei contenuti della legge⁵⁸. Nello schema teorico del *minority veto right* le minoranze dovrebbero avere soltanto un potere negativo, cioè quello di bloccare le decisioni della maggioranza, senonché, come è stato correttamente osservato (anche in base all'analisi empirica degli ordinamenti che hanno adottato questo schema), tale potere si può sempre trasformare in un potere attivo, sia quando, per le circostanze date, bloccare una legge significa di fatto imporne un'altra, sia nel caso in cui le conseguenze della mancata adozione di una certa delibera siano molto più gravi per la maggioranza proponente che per la minoranza dotata del potere di veto⁵⁹. In queste ipotesi è del tutto ovvio che il soggetto titolare della facoltà negativa, nel caso di

⁵⁵ «*Et quoique celui qui a la faculté d'empêcher puisse avoir aussi le droit d'approuver, pour lors cette approbation n'est autre chose qu'une déclaration qu'il ne fait point d'usage de sa faculté d'empêcher, et dérive de cette faculté*» (*ibidem*).

⁵⁶ Il passaggio è integralmente riportato *supra*, in nota 16.

⁵⁷ F. Vallocchia, «*Legalità*» e «*ordine*» nel pensiero di Giuseppe Grosso: «*valore positivo*» del «*potere negativo*», in G. Trisciunglio (a cura di), *Tribunado – poder negativo y defensa de los derechos humanos*, Milano, 2018, p. 46, ricorda: «Il Maestro, in occasione di un convegno su "Autonomia e diritto di resistenza", tenutosi a Sassari nel 1970, richiamava l'attenzione sulla necessità, prima di tutto, di puntualizzare il valore da attribuire all'espressione "potere negativo". Ebbene Grosso, ricordando che veto e sciopero sono "armi" negative che servono per ottenere risultati positivi, concludeva affermando che "lo strumento negativo è sempre uno strumento negativo con valore positivo"».

⁵⁸ Cfr. J.H. Read, *Majority Rule versus Consensus. The Political Thought of John C. Calhoun*, Lawrence, 2009, pp. 174 ss. Sull'importanza del *minority veto right* v. anche A. Lijphart, *Consociational Democracy*, in *World Politics*, n. 2/1969, pp. 207 ss.; Id., *Thinking About Democracy. Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, Abingdon-New York, 2007.

⁵⁹ Cfr. J.H. Read, *Majority Rule versus Consensus*, cit., p. 176.

specie la minoranza, si trovi nelle condizioni di poter negoziare a suo vantaggio i contenuti della legge (di quella stessa legge o di un'altra legge che non potrebbe autonomamente introdurre), sino a instaurare una sorta di "tirannia della minoranza" in luogo della "tirannia della maggioranza" che la logica del consenso vorrebbe evitare. Nello schema ideale della c.d. maggioranza concorrente l'uso del termine maggioranza e minoranza è peraltro convenzionale, dovendosi più correttamente parlare di un diffuso potere di blocco-controllo attribuito a tutte le parti in causa (ciascuna delle quali può infatti divenire, di volta in volta, maggioranza o minoranza). La posposizione della *faculté d'empêcher* a un momento successivo rispetto a quello in cui, per usare le parole di Montesquieu, «viene presa la risoluzione», tende così a rivelarsi, nei fatti, una finzione. Al fine di rintracciare un'analogia con il *modus operandi* del *minority veto right*, è sufficiente sostituire ai termini maggioranza (dotata del potere di decidere) e minoranza (dotata del potere di bloccare o annullare la decisione) gli organi, ossia, nella fattispecie, il corpo legislativo, dotato della *faculté de statuer*, e il vertice dell'esecutivo, dotato della *faculté d'empêcher*. Il risultato non cambia: l'organo titolare del potere di veto – quale che esso sia – è quasi sempre in grado di negoziare i contenuti della legislazione, salvo l'ipotesi in cui le conseguenze negative della mancata adozione di una legge colpiscano in eguale (o maggiore) misura anche i suoi stessi interessi. In tutti gli altri casi, il titolare del potere di veto sarà spinto o ad opporre comunque il veto, ove la legge sia totalmente contro il suo interesse politico, oppure, se questa fosse solo parzialmente contraria al suo interesse (o fosse tale da lasciarlo del tutto indifferente), a negoziare per vie traverse i contenuti di quella o di altre leggi, come *do ut des* per evitare il veto.

In estrema sintesi, essendo il contrattare dell'assenso, il potere di veto, purché affidato nelle mani di un organo politico, è per sua natura intrinsecamente idoneo a tradursi in contributo positivo alla legislazione, divenendo così iniziativa di legge.

Ciò che si cercherà di dimostrare nel prosieguo, con un'analisi di tipo comparativo condotta sulla scia di questi spunti ricostruttivi, è appunto che gli istituti storico-giuridici in cui si esprime la *faculté d'empêcher* dell'organo esecutivo permettono sempre a quest'ultimo di intromettersi in veste di co-legislatore nel *débat des affaires*, perlomeno fintantoché tale prerogativa venga esercitata da un organo del governo politico e non da un capo dello stato trasformato in «potere neutro» (secondo la grande intuizione constantiana)⁶⁰.

Ma ancor prima delle riflessioni critiche basate sull'osservazione del reale funzionamento della *faculté d'empêcher* nelle forme di governo qui di seguito considerate (v. *infra*, §§ 4-6), si devono anzitutto menzionare le altre contraddizioni che sono già presenti, più a monte, nel costruito teorico montesquieuiano e, più precisamente, nella relazione logica che intercorre tra la *faculté d'empêcher*, la *puissance législative* e la collocazione "costituzionale" dell'organo esecutivo.

Come si è già visto, Montesquieu definisce *faculté d'empêcher* anche quella di cui è dotata, all'interno del corpo legislativo (cioè delle due camere), la camera dei nobili allorché si tratti di approvare un certo tipo di leggi, come le leggi che

⁶⁰ Per B. Constant, *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, 1814, p. 3: «La Monarchie constitutionnelle a le grand avantage, qu'elle crée ce pouvoir neutre dans la personne d'un Roi [...]. L'intérêt véritable de ce Roi n'est aucunement que l'un des pouvoirs renverse l'autre, mais que tous s'appuyent, s'entendent et agissent de concert».

impongono tributi⁶¹. Ciò significa che, in questi casi, a poter vantare una *faculté de statuer* e dunque una piena *puissance législative* è la sola camera bassa. A prescindere dalle ragioni di questa ricostruzione, vi è un'evidente difficoltà nel conciliare, sul piano logico, l'idea della separazione tra esecutivo e legislativo – che per molti interpreti, ma non per Eisenmann e altri, sarebbe da intendersi come specializzazione funzionale degli organi⁶² – con la circostanza che uno dei due rami del legislativo esercita talora una facoltà identica a quella attribuita all'esecutivo per interferire (“dall'esterno”) con il legislativo.

Delle due l'una: o in questi casi la camera alta, in quanto anch'essa dotata di una mera *faculté d'empêcher*, non dovrebbe a sua volta entrare a far parte del «corpo legislativo», costituito pertanto dalla sola camera bassa (mentre nella ricostruzione teorica di Montesquieu vi è sempre inclusa); oppure l'esecutivo dovrebbe farvi parte anch'esso a pieno titolo, esattamente come la camera alta (mentre nello schema del filosofo borlese non vi fa parte).

In verità, il potere negativo sulla legislazione, come si cercherà di dimostrare meglio nel prosieguo della trattazione, include non solo e non tanto il potere di approvare la risoluzione altrui come logico contraltare del potere di annullarla – elemento che in sé non comporterebbe alcuna sostanziale contraddizione con la visione difensiva e negativa dello strumento – ma implica altresì, molto più di questo, il potere di negoziare i contenuti della risoluzione e dunque della legge.

Il che, anche alla luce della definizione di *puissance législative* proposta dallo stesso Montesquieu (v. *supra*, in questo paragrafo), dovrebbe fare dell'esecutivo, a rigor di logica, un membro effettivo del *corps législatif*.

A riconoscere la vocazione costruttiva della «*faculté d'empêcher*» è invece Jean-Jacques Rousseau, il quale, pur muovendo da presupposti teorici molto differenti⁶³ e da una visione assai più critica della costituzione inglese⁶⁴, condivideva

⁶¹ V. *supra*, nota 16.

⁶² Come si è già visto, per Ch. Eisenmann, *L'«Esprit des lois» et la séparation des pouvoirs*, cit., p. 180, si può affermare che Montesquieu sostiene la separazione dei poteri solo nel senso che egli afferma la necessità di funzioni differenti e di organi distinti. Dunque non anche nel senso che i distinti organi sarebbero funzionalmente specializzati in ordine ai singoli poteri (*ivi*, pp. 166 ss.).

⁶³ Nonostante i punti di contatto, l'impostazione dei due giganti del settecento differisce anzitutto nella prospettiva di fondo: mentre Montesquieu si concentra sull'organizzazione del potere senza curarsi troppo del suo fondamento (con evidente soluzione di continuità rispetto ai teorici della sovranità che lo avevano preceduto) Rousseau, viceversa, torna a indagare il fondamento del potere sia pure avanzando una versione rivoluzionaria delle tesi contrattualistiche. Conseguentemente il teorico della sovranità popolare configura la «*puissance législative*» come espressione della sovranità appartenente al popolo, subordinando ad essa la «*puissance exécutive*», esercitabile su mandato del corpo sovrano (J.J. Rousseau, *Du contrat social; ou Principes du droit politique*, libro III, cap. I (Amsterdam, 1762), in *Collection complète des oeuvres de J.J. Rousseau, citoyen de Genève*, vol. I, Genève, 1780-1789). V., tra gli altri, P. Dubouchet, *De Montesquieu le moderne à Rousseau l'ancien*, Paris, 2011; V. Recchia, *Uguaglianza, sovranità, virtù, Rousseau lettore dell'Esprit des lois*, in D. Felice (a cura di), *Montesquieu e i suoi interpreti*, cit., pp. 67 ss.

⁶⁴ Come ricorda R. Derathé, *Montesquieu et Jean-Jacques Rousseau*, in *Revue Internationale de Philosophie*, 1955, pp. 383-384, nota 45, «*Montesquieu écrivait: "L'Angleterre est à présent le plus libre pays qui soit au monde, je n'en excepte aucune république"*» (Voyages, *Pléiade*, I,

con Montesquieu l'idea che tale facoltà contribuisse a realizzare in Inghilterra «*un modèle de la juste balance des pouvoirs respectifs*»⁶⁵. Tuttavia, nella nona delle sue *Lettres écrites de la montagne* il filosofo ginevrino chiarisce piuttosto efficacemente che il c.d. potere negativo può anche tradursi nel suo contrario, come appunto era accaduto (a suo giudizio) in relazione al ruolo del consiglio nella Repubblica di Ginevra:

«*Le prétendu droit négatif du Conseil est réellement un droit positif, et le plus positif même que l'on puisse imaginer, puisqu'il rend le petit Conseil seul maître direct et absolu de l'État et de toutes les Loix; et le droit de Représentation pris dans son vrai sens n'est lui-même qu'un droit négatif*»⁶⁶.

E si deve qui anche ricordare che sarà proprio Rousseau, fautore di una critica serrata ad ogni ipotetico smembramento della sovranità, a tradurre il dogma montesquieuviiano della “separazione” dell'organo esecutivo dal potere legislativo nel principio della completa subordinazione del primo al secondo, destinato a restare appannaggio esclusivo del corpo sovrano⁶⁷.

In questo argomentare riemerge quell'idea di un esecutivo inteso come «*secundaria, strumentalis, seu executiva pars*» che Marsilio da Padova aveva sviluppato alludendo a un principio non già di divisione bensì propriamente di subordinazione del potere esecutivo, appartenente al principe, rispetto al potere legislativo, appartenente al popolo intero (la «*universitas civium*» o la sua «*valentior pars*»)⁶⁸. Rousseau e i suoi seguaci recepiscono gran parte di questa impostazione di fondo ma tolgono di mezzo il principe.

884). *Dans le Contrat social (liv. III, chap. XV), Rousseau soutient précisément le contraire: “Le peuple anglais pense être libre, il se trompe fort: il ne l'est que durant l'élection des membres du parlement; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. [...]”. A la différence de Montesquieu, Rousseau reste fidèle à l'idéal républicain.*

⁶⁵ J.J. Rousseau, *Lettres écrites de la montagne, Neuvième lettre* (Amsterdam, 1764), in *Collection complète des oeuvres de J.J. Rousseau*, cit., vol. VI, p. 385. Senza però omettere di ricordare che Rousseau ragionava di un'esigenza “conservatrice” della legislazione esistente, connessa alla convinzione che in Gran Bretagna la camera dei comuni, se lasciata libera di esercitare la sua ampia facoltà d'innovare la legislazione, ne avrebbe abusato usurpando la sovranità e il potere legislativo spettanti, secondo le note teorie dell'a., al popolo soltanto (Id., *Du Contrat social*, cit., p. 245). Per una riflessione di carattere generale sulla visione rousseauviana del legislativo v. G. Bacot, *Jean-Jacques Rousseau et la procédure législative*, in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n. 1/2002, pp. 45 ss.

⁶⁶ J.J. Rousseau, *Lettres écrites de la montagne, Neuvième lettre*, cit., p. 384. Le lettere in questione erano una risposta alle *Lettres écrites de la campagne* del procuratore generale di Ginevra Jean Robert Tronchin e contenevano una critica all'assetto istituzionale della Repubblica ginevrina. Nella *Neuvième lettre* Rousseau contesta un passaggio delle *Lettres écrites de la campagne* di Tronchin in cui questi aveva giudicato favorevolmente il potere negativo del consiglio (affermando che il «*droit négatif*» non coincideva con «*le pouvoir de faire des Loix, mais d'empêcher que tout le monde indistinctement ne puisse mettre en mouvement la puissance qui fait les Loix*» (J.R. Tronchin, *Lettres écrites de la campagne*, Genève, 1763, p. 110, citato da J.J. Rousseau, *Lettres écrites de la montagne*, cit., p. 382).

⁶⁷ Vedi *supra*, nota 63.

⁶⁸ Cfr. A. Carena, *Il principio della divisione dei poteri nello Stato costituzionale*, cit., p. 256.

4. La trasformazione della costituzione inglese nell'era di Walpole e l'equivoco relativo alla vera natura del potere negativo

Che cosa ha l'Inghilterra di Montesquieu, si domanda retoricamente Boris Mirkine-Guetzévitch, in comune con l'Inghilterra reale della metà del diciottesimo secolo? «*Rien, ou à peu près rien*». E ciò perché, osserva l'illustre comparatista di origini russo-ucraine, «*l'Angleterre de Montesquieu c'est l'Utopie, c'est un pays de rêve*»⁶⁹.

Lungi dal voler essere una critica rivolta a Montesquieu per non avere inteso i principi della costituzione inglese, questa riflessione di Mirkine-Guetzévitch è il frammento di un'apologia brillante e convincente del barone di La Brède e del valore imperituro del suo pensiero. E, del resto, il grande studioso della separazione dei poteri, nella sua opera maggiore, sovrappone continuamente la dimensione descrittiva a quella prescrittiva⁷⁰.

È però un dato di fatto che mentre nella costituzione inglese il potere legislativo si articola notoriamente in tre organi, ossia le due camere e la corona, nella ricostruzione proposta dal filosofo di Bordeaux il corpo legislativo si compone solamente delle due camere, essendone estromesso il vertice dell'esecutivo.

Nello schema di Montesquieu, il parlamento, o meglio il *corps législatif*, visto che l'autore si riferisce testualmente ai parlamenti solo con riferimento alle omonime corti giudiziarie dell'esperienza monarchica francese (di quella di Bordeaux egli fu *président à mortier*) non coincide con la struttura costituzionale del *King/Queen-in-Parliament*, ossia con l'organo composto che in Inghilterra è titolare, al contempo, della supremazia legislativa e della sovranità parlamentare⁷¹. Il che, anche a voler prescindere dalle implicazioni del *Sedition Act* del 1661⁷² e guardando piuttosto all'assetto dei poteri emerso dalla *Glorious Revolution*, rappresenta comunque un elemento equivoco sul piano descrittivo, sebbene la differente struttura del potere legislativo proposta da Montesquieu sembri essere consapevolmente ricercata sul piano deontologico, avendo il filosofo bordeaux in qualche misura idealizzato la costituzione inglese. Né si può escludere l'ipotesi che Montesquieu sia stato sul punto influenzato, oltre che dalle opinioni del visconte di Bolingbroke⁷³ (che egli conosceva

⁶⁹ B. Mirkine-Guetzévitch, *De l'«Esprit des lois» au constitutionnalisme moderne*, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 2/1952, p. 213.

⁷⁰ A difendere Montesquieu è, insieme a molti altri, Ch. Eisenmann, *L'«Esprit des lois» et la séparation des pouvoirs*, cit., p. 179. Circa la peculiare interpretazione della costituzione inglese da parte di Montesquieu v. J.J. Granpré-Molière, *La théorie de la Constitution anglaise chez Montesquieu*, Leyde, 1972 e, in lingua italiana, L. Landi, *L'Inghilterra e il pensiero politico di Montesquieu*, Padova, 1981.

⁷¹ Cfr., *ex multis*, A. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 8^a, London, 1915, trad. it. Id., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, 2003, pp. 33-71 e la bibliografia ivi citata; R. Blackburn, A. Kennon (a cura di), *Griffith & Ryle on Parliament. Functions, Practice and Procedures*, 2^a, London, 2003, p. 259; recentemente, tra i contributi degli studiosi italiani, A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *DPCE*, 2019 (numero speciale), pp. 745 ss.

⁷² La legge in questione, dal titolo «*An Act for Safety and Preservation of His Majesties Person and Government against Treasonable and Seditious practices and attempts*», introdotta dopo la restaurazione monarchica operata da Carlo II Stuart, considerava tradimento suggerire che una o entrambe le camere avessero un potere legislativo senza il re («*or that both Houses of Parliament, or either House of Parliament, have or hath a Legislative Power without the King, or any other words to the same Effects*»). Cfr. *Statutes of Realm*, vol. 5, 1628-1680, pp. 304-306.

⁷³ Come sottolinea M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., pp. 80-81, Bolingbroke, pur senza negare la «*mutual dependency*» tra le parti del governo politico, enfatizza l'elemento della divisione dei poteri, contrapponendo il re come supremo magistrato

personalmente), anche dalla visione rivoluzionaria del legislativo sviluppata da Harrington nel suo componimento filosofico *The Commonwealth of Oceana*, considerando che questo autore viene espressamente citato – sia pure con un accento parzialmente critico – proprio nella riflessione conclusiva del capitolo VI del libro XI dello *Spirito delle leggi*⁷⁴.

Un altro elemento equivoco nella ricostruzione di Montesquieu, strettamente connesso a questo, è rinvenibile nel convincimento che il potere di negare il *royal assent* sia per sua natura un potere inidoneo a tradursi in una *faculté de statuer* e abbia una valenza puramente difensiva, essendo rivolto a tutelare le prerogative esistenti. Sicché, per certi versi, la *faculté d'empêcher* montesquieuiana finisce per assomigliare, sul piano teleologico, molto più a una sorta di *king's/queen's consent* proceduralmente posposto che non al vero potere di *royal assent*.

È probabile che l'interpretazione montesquieuiana volta a minimizzare lo spazio di interferenza dell'esecutivo nel legislativo con il riferimento alla «*faculté d'empêcher*» fosse influenzata per non dire viziata dalla circostanza che Montesquieu elaborò la sua dottrina quando in Inghilterra la transizione del potere politico esecutivo dalla corona al gabinetto era già in atto. Nel 1701 l'*Act of Settlement* aveva stabilito che le questioni di competenza del sovrano venissero discusse in seno al *privy council*; sotto il regno di Giorgio I di Hannover, salito al trono di Gran Bretagna e d'Irlanda nel 1714, si era avviata la prassi della riunione dei ministri in assenza del re (in quanto Giorgio I era germanofono); era progressivamente emersa una figura di coordinamento ministeriale incarnata dal lord del tesoro e si era affermata la regola convenzionale dell'omogeneità politica ministeriale (*whig* o *tory*) in senso al gabinetto⁷⁵.

Proprio nel periodo in cui Montesquieu aveva visitato l'Inghilterra (1729-1731), durante il regno di Giorgio II, stava già emergendo l'antesignano dell'odierno primo ministro. A incarnare questa figura fu in quel tempo sir Robert Walpole, capo del partito *whig* nonché (dal 1721) lord del tesoro e indiscusso leader del gabinetto, di cui gli storici scrivono:

«He brings before us in a prominent light the figure of an English premier such as the Revolution of 1688 has made him; not the mere agent of his royal master's pleasure, but the impersonation of a parliamentary majority, advising and even controlling the sovereign, and

del potere esecutivo («*who has a negative voice in the legislature*») alle due camere del parlamento, dotate di diritti e privilegi comuni a entrambe o particolari di ciascuna («*They prepare, they pass bills, or they refuse to pass such as are sent to them*»).

⁷⁴ J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana* (London, 1656), in J. Toland (a cura di), *The Oceana of James Harrington, Esq. and His Other Works: With an Account of His Life Prefix'd*, Dublin, 1737, p. 76, propone infatti una nuova architettura del parlamento, che, come nella costruzione del *corps législatif* montesquieuiano, non contempla il monarca al suo interno. Ma è anche vero che l'impostazione di fondo dei due autori è molto differente. Harrington, a differenza di Montesquieu – per il quale il bicameralismo del corpo legislativo resta un elemento fondamentale per il dispiegarsi del *regimen mixtum* e del bilanciamento dei poteri – include nel “suo” parlamento repubblicano soltanto l'assemblea degli eletti dal popolo. Egli, peraltro, espone questa idea trattando del modello puramente teorico del *commonwealth* di Oceana e non della – foss'anche “idealizzata” – costituzione inglese: «*The Government of Oceana (as it stood at the time whereof we discourse, consisting of one single Council of the People, exclusively of the King and the Lords) was call'd a Parliament: Nevertheless the Parliaments of the Teutons and of the Neustrians consisted, as has been shown, of the King, Lords, and Commons; wherefore this, under an old Name, was a new thing: A Parliament consisting of a single Assembly elected by the People, and invested with the whole Power of the Government, without any Covenants, Conditions, or Orders whatsoever. So new a thing, that neither ancient nor modern Prudence can show any avow'd Example of the like*» (ivi, p. 76).

⁷⁵ Cfr. F. Duranti, *Forma di governo parlamentare e responsabilità politica ministeriale nell'esperienza del Regno Unito: origini, evoluzione e dinamica costituzionale del modello*, in *Politica del diritto*, n. 3/2001, pp. 413-414, nonché la bibliografia ivi citata.

responsible to the legislature for his ministerial acts»⁷⁶.

Il potere di negare il *royal assent*, come strumento di partecipazione politica del re alla funzione legislativa, era stato definitivamente abbandonato dopo l'avvento del casato degli Hannover (risale infatti allo *Scottish Militia Bill* del 1708 l'ultimo caso di rifiuto di *royal assent*, da parte della regina Anna, succeduta a Guglielmo III d'Orange e ultima esponente della dinastia Stuart)⁷⁷. Montesquieu, nel celebre capitolo della sua opera dedicato alla costituzione inglese, non tiene in alcuna considerazione – né forse gli fu possibile farlo – la circostanza che in quel tempo era già avviato il processo di transizione del potere esecutivo dal re al gabinetto (e al “sottostante” partito), accompagnato dalla progressiva dismissione della facoltà di rifiutare (per ragioni politiche) il *royal assent*. In questo contesto è naturale che il potere di veto assoluto della corona potesse dare allora la parvenza di uno strumento puramente negativo, incapace di tradursi in una «*faculté de statuer*». E del resto il nuovo (o l'incipiente) destinatario del potere esecutivo, ossia il gabinetto, onde partecipare attivamente alla legislazione poteva piuttosto fare leva sullo strumento positivo dell'iniziativa legislativa, reso via via più efficace dalla progressiva azione unificante dei partiti politici e dalla lenta trasformazione in senso monista della forma di governo. Il possibile equivoco nell'interpretazione riduttiva dell'istituto, da parte di Montesquieu (e non solo di Montesquieu), risiede forse nell'aver ricondotto lo stato di quiescenza del diritto di veto a una caratteristica strutturale della prerogativa stessa, quando invece il suo ridimensionamento a strumento di garanzia passivo, ossia a *reserve power* attivabile al solo scopo di tutelare l'ordine costituzionale, era riconducibile alla progressiva *neutralizzazione* del potere politico della corona e dunque a una metamorfosi costituzionale dell'autorità esecutiva già in atto in Inghilterra nella prima metà del settecento. A rendere sterili le prerogative monarchiche è, in definitiva, la transizione del potere esecutivo dalla corona al gabinetto, unitamente all'emersione di più efficaci mezzi di condivisione del potere legislativo da parte del nuovo titolare effettivo della *puissance exécutive*, ossia il ministero.

Ma anche a voler fissare lo sguardo sul periodo immediatamente successivo alla *Glorious Revolution*, va detto che il ricorso frequente al potere di veto durante il regno di Guglielmo III, il predecessore della regina Anna, conferma la fragilità del costruito montesquieuiano della *faculté d'empêcher*. Se i regnanti inglesi delle precedenti dinastie Tudor e Stuart avevano di rado fatto ricorso al veto (ad eccezione di Elisabetta I), sotto il regno di Guglielmo III d'Orange il veto non soltanto trovò improvvisamente largo impiego ma rivelò chiaramente la sua innata attitudine a tradursi in un potere di *statuizione attiva* sulla legislazione o, perlomeno, in un «*personal tool for controlling the legislative process*»⁷⁸.

Mutatis mutandis, retrocedendo al periodo precedente la dinastia dei Tudor, quando la legge era priva di una portata autenticamente innovativa dell'ordinamento (e nella sua

⁷⁶ J.C. Earle, *English Premiers from Sir Robert Walpole to Sir Robert Peel*, vol. I, London, 1871, p. 5.

⁷⁷ J.J. Carafano, *William III and the Negative Voice*, in *Albion*, 1987, pp. 509- 510, sottolinea in proposito: «*During his brief rule William III rejected a significant number of bills. Between 1692 and 1696 he vetoed five public bills: the Judges, Royal Mines, Triennial, Place, and MP Qualifications Bills. Previous Tudor and Stuart monarchs, with the exception of Queen Elizabeth I, only infrequently invoked the crown's right to refuse legislation. Queen Anne, who followed William to the throne, vetoed only one bill. She was the last monarch to employ this prerogative, although it remains theoretically a legitimate royal power*». Va anche ricordato che in passato il potere di sanzione regia aveva attraversato alcune fasi di profonda “crisi costituzionale”: nel 1642 era stato abrogato da parte del *Long Parliament*, «al culmine del conflitto con Carlo I»; nell'*Instrument of Government* di Cromwell del 1653 era stato invece ridotto a un mero potere di rinvio delle delibere parlamentari (cfr. A. Buratti, *Fondare l'equilibrio*, cit., pp. 32-33).

⁷⁸ Cfr. J.J. Carafano, *William III and the Negative Voice*, cit., p. 516.

produzione le camere e il re si trovavano a rivestire ruoli pressoché rovesciati) il legislativo era pur sempre un potere condiviso. Walter Bagehot descrive molto efficacemente questo dato storico-comparativo:

«Legislation as a positive power was very secondary in those old parliaments. [...] But the negative action of parliament upon the law was essential to its whole idea, and ran through every part of its use. That the king could not change what was then the almost sacred datum of the common law, without seeing whether his nation liked it or not, was an essential part of the 'tentative system'. [...] The legislation was his at last; he enacted after consulting his Lords and Commons; his was the sacred mouth which gave holy firmness to the enactment; but he only dared alter the rule regulating the common life of his people after consulting those people»⁷⁹.

Allorché, successivamente, il peso specifico della componente monocratica del parlamento britannico mutò, il residuale potere negativo della corona mantenne comunque una implicita *faculté de statuer*, perlomeno fino a quando il monarca poté e volle esercitare in prima persona un ruolo politico.

In conclusione, tornando a Montesquieu, il mito del corpo legislativo “ristretto” e il suo principale corollario, ossia l’esclusione dell’organo esecutivo (il re e poi il governo) dalla titolarità della funzione legislativa, sembrano derivare da un fallace presupposto, consistente nella convinzione che la facoltà legislativa dell’esecutivo fosse, per sua natura, una mera «*faculté d’empêcher*» strettamente necessaria alla difesa delle prerogative del monarca. Il mito in questione, perlomeno nelle sue implicazioni di fondo, è stato dogmaticamente assunto come valido principio ordinatore anche nell’ambito delle razionalizzazioni costituzionali novecentesche dei governi parlamentari europei, di certo sulla base di nuove argomentazioni logiche e ideologiche ma pur sempre nel solco di quel retaggio montesquieuiano (v. *infra*, § 7).

5. La comprovata attitudine del *presidential veto power* a tradursi in *faculté de statuer* nell’esperienza costituzionale americana

La qualità propositiva insita nella *faculté d’empêcher* si è manifestata in modo plateale proprio nel concreto funzionamento della costituzione degli Stati Uniti, che ha recepito la visione montesquieuiana del «corpo legislativo» nella *vesting clause* dell’articolo I e ha tradotto la formula astratta «*le pouvoir arrête le pouvoir*» nel sistema operativo dei «*checks and balances*».

Se è vero che tra lo schema teorico proposto da Montesquieu e il modello realizzato dalla costituzione americana del 1787 non vi è perfetta coincidenza (specialmente con riferimento alla diversa declinazione dell’idea di *regimen mixtum*)⁸⁰

⁷⁹ W. Bagehot, *The English Constitution*, cit., pp. 182-183. Bagehot ricorda appunto che in quel tempo la legge raramente aveva un contenuto innovativo ma piuttosto serviva a consolidare, sin dalla Magna Charta, gli equilibri via via risultanti da un patto raggiunto tra differenti ordini e fazioni: «[...] it was a sort of compact defining what was doubtful in floating costum, and was re-enacted over and over again [...]. In truth, such great 'charters' were rather treaties between different orders and factions, confirming ancient rights, or what claimed to be such, than laws in our ordinary sense» (ivi, p. 183). E pertanto si trattava, inevitabilmente, di atti il cui contenuto veniva negoziato dalle parti.

⁸⁰ M. Troper, *Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 20/1990, p. 85, ritenendo che la costituzione statunitense abbia adattato la dottrina di Montesquieu alla dimensione repubblicana, arriva a parlare di un

e alla diversa funzione del bicameralismo⁸¹), così come neppure vi è coincidenza tra il veto assoluto del monarca britannico e il veto qualificato e motivato del presidente degli Stati Uniti, è altresì vero che il sistema di interferenze funzionali configurato nella costituzione statunitense rappresenta nondimeno l'esempio di razionalizzazione costituzionale del potere più prossimo alla visione montesquieviana della separazione-bilanciamento e più fedele, in particolare, alla dottrina "normativa" della *faculté d'empêcher*. Circostanza non sorprendente se solo si pensa che, sebbene i costituenti americani fossero influenzati, oltre che da Montesquieu, da numerosi pensatori, tra i quali Milton, Locke, Blackstone e molti altri⁸², nel 1787 lo *Spirito delle leggi* era divenuto «il libro più citato in America, dopo la bibbia»⁸³ e che tanto gli oppositori quanto i sostenitori della costituzione federale si appoggiarono a quest'opera per definire le loro rispettive posizioni⁸⁴.

Guardando alle origini del potere di rinvio presidenziale, va ricordato che il modello da cui trasse ispirazione la costituzione federale era quello contemplato nella costituzione del Massachusetts del 1780, che prevedeva appunto un potere di veto

bilanciamento dei poteri senza il governo misto. Più precisamente, come osserva G. Silvestri, *Poteri dello Stato*, cit., p. 673, «in un forze profondamente diverse», sicché «l'operatività del principio di separazione, intesa come freno alla maggioranza, è [...] affidata, anziché alla diversa origine dei poteri (monarca ereditario – parlamento elettivo), alla loro differente durata nel tempo». In generale, sul tema, v. A. Carminati, *La scomposizione del potere dello Stato. Osservazioni sull'ordinamento nordamericano*, Roma, 2005. Per quanto riguarda invece l'aspetto specifico della separazione del potere giudiziario realizzata nel modello statunitense, v. L. Spadacini, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. L'esperienza nordamericana e il divergente approccio delle democrazie europee*, Gussago, 2012.

⁸¹ Nell'impostazione madisoniana le due camere divengono espressione non già di classi sociali distinte bensì di distinti interessi, ossia quelli nazionali promossi dalla camera dei rappresentanti e quelli delle singole realtà statuali promossi dal senato.

⁸² Cfr. D.S. Lutz, *The Relative influence of European Writers on Late Eighteenth-Century American Political Thought*, in *American Political Science Review*, n. 1/1984, pp. 189 ss.; B. Casalini, *L'esprit di Montesquieu negli Stati Uniti d'America durante la seconda metà del XVIII secolo*, in D. Felice (a cura di), *Montesquieu e i suoi interpreti*, cit., pp. 325 ss.

⁸³ B. Casalini, *L'esprit di Montesquieu negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 325.

⁸⁴ *Ibidem*, con riferimento a una riflessione di J.W. Caeser, «*l'Esprit des lois*» et la Constitution américaine, in *Actes du colloque international tenue à Bordeaux, du 3 au 6 décembre 1998, pour commémorer le 250e anniversaire de la parution de «l'Esprit des lois»*, Bordeaux, 1999, pp. 255 ss. Così il capolavoro di Montesquieu finisce per trovarsi anche al centro di una dialettica che vede contrapposti John Adams, persuaso dalle teorie del barone di La Brède, e Thomas Jefferson, portatore invece di un atteggiamento critico verso di esse. Per la posizione del primo v. ad esempio J. Adams, *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America* (1787), in C.F. Adams (a cura di), *The Works of John Adams, Second President of the United States*, vol. IV, Boston, 1851, pp. 271 ss. Per quanto riguarda Jefferson, B. Casalini, *L'esprit di Montesquieu negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 31, sottolinea che questi «considerò il *Commentary and Review of Montesquieu's Spirit of Laws* [l'opera dell'ideologo francese Antoine-Louis-Claude Destutt de Tracy, della cui traduzione in inglese Jefferson stesso fu promotore] una delle opere più profonde ed utili da mettere a disposizione delle nuove generazioni di studenti di scienza della politica. Egli riteneva che essa avrebbe svolto senz'altro una funzione salutare: quella di ridimensionare l'autorità di Montesquieu, sottolineando in modo sistematico le verità e gli errori contenuti nella sua opera principale». Sul pensiero di Destutt de Tracy v. M. Barberis, *Destutt de Tracy critico di Montesquieu, ovvero la «science sociale» settecentesca al bivio*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1980, pp. 369 ss.

qualificato esercitabile autonomamente dall'organo esecutivo. I *framers* avevano invece scartato la soluzione del *council of revision* proposta nel *Virginia plan*, che si rifaceva alla differente soluzione adottata nella costituzione dello stato di New York del 1777, ove era previsto un sindacato preventivo sui progetti di legge affidato a un apposito consiglio che includeva, accanto al governatore e al cancelliere, i giudici della corte suprema dello stato ed evocava pertanto una forma anticipata e ibrida di *judicial review of legislation*⁸⁵ (poi affermatasi come “sindacato successivo”, a livello statale, a partire dal 1780⁸⁶).

La convinzione dell'importanza del veto come istituto necessario allo scopo di garantire l'equilibrio istituzionale non era peraltro da tutti condivisa. Anzi, l'ipotesi di introdurre lo strumento all'interno delle prime costituzioni statali americane era molto controversa e fu scartata da diverse ex colonie poiché durante il dominio inglese i governatori ne avevano largamente abusato anche al fine di assecondare i *desiderata* della madrepatria⁸⁷.

Thomas Paine formulò alcune osservazioni molto critiche verso la scelta di importare il potere di veto dell'esecutivo nelle carte costituzionali americane, ritenendola assurda anzitutto per ragioni di ordine politico e storico. Dato infatti che

⁸⁵ Ecco alcuni stralci dell'art. III della costituzione dello stato di New York del 1777: «[...] *the governor for the time being, the chancellor, and the judges of the supreme court, or any two of them, together with the governor, shall be, and hereby are, constituted a council to revise all bills about to be passed into laws by the legislature; and for that purpose shall assemble themselves from time to time, when the legislature shall be convened [...]. And that all bills which have passed the senate and assembly shall, before they become laws, be presented to the said council for their revisal and consideration; and if, upon such revision and consideration, it should appear improper to the said council, or a majority of them, that the said bill should become a law of this State, that they return the same, together with their objections thereto in writing, to the senate or house of assembly (in which soever the same shall have originated) who shall enter the objection sent down by the council at large in their minutes, and proceed to reconsider the said bill*». A questo punto, però, era pur sempre prevista la possibilità, per il legislativo, di superare l'ostacolo sicché, sotto il profilo operativo, si trattava comunque di un *qualified veto*: «*But if, after such reconsideration, two-thirds of the said senate or house of assembly shall, notwithstanding the said objections, agree to pass the same, it shall together with the objections, be sent to the other branch of the legislature, where it shall also be reconsidered, and, if approved by two-thirds of the members present, shall be a law*» (il testo integrale della costituzione dello stato di New York del 1777 è reperibile anche nell'archivio online delle costituzioni storiche del dipartimento di scienze giuridiche dell'università di Torino, in *Dircost.unito.it*).

⁸⁶ Con le pronunce *Holmes v. Walton* del 1780 (New Jersey), *Trevett v. Weeden* del 1786 (Rhode Island), *Rutgers v. Waddington* del 1784 (New York) e *Bayard v. Singleton* del 1787 (Carolina del Nord). Sulle origini della *judicial review of legislation*, poi affermatasi anche a livello federale con la famosa pronuncia *Marbury v. Madison* del 1803, basti qui rinviare, tra gli innumerevoli contributi esistenti, oltre al classico E.S. Corwin, *The Doctrine of Judicial Review. Its Legal and Historical Basis and Other Essays*, Princeton, Princeton University Press, 1914, a S.B. Prakash, J.C. Yoo, *The Origins of Judicial Review*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 3/2003, pp. 887 ss.

⁸⁷ Come ricorda A. Buratti, *Fondare l'equilibrio*, cit., p. 39, «il risentimento nei confronti del “vergognoso abuso” di questo strumento da parte dei Governatori fu talmente forte che la Dichiarazione di indipendenza citò questa prassi tra le prime cause della rivolta contro la madrepatria».

nella costituzione inglese lo strumento esisteva in quanto retaggio di una prerogativa imposta dai conquistatori (tanto è vero che la formula con cui viene esercitato è in lingua normanna), per Paine era stato del tutto illogico introdurlo all'interno di costituzioni repubblicane "razionalizzate" e adottate autonomamente da popoli liberi: «*The present form of government in England and all those things called prerogatives of the Crown, of which this negative power is one, was established by conquest, not by compact*»⁸⁸.

Viceversa, nel numero 73 del *Federalist* l'adesione di Alexander Hamilton all'idea montesquieuviana della *faculté d'empêcher* traspare in modo nitido. Hamilton vi afferma che, stante la propensione del legislativo a «intramettersi nei diritti» e ad «assorbire il potere», vien da sé che il *negative power* sulla legislazione (sia esso *absolute*, come nella coeva monarchia inglese, o *qualified*, come nel testo varato dalla Convenzione di Filadelfia) è uno strumento necessario, senza il quale – prosegue Hamilton citando quasi testualmente un passaggio di Montesquieu⁸⁹ – l'esecutivo sarebbe del tutto incapace di difendersi contro le «depredazioni» poste in essere dal legislativo, che con un singolo voto potrebbe «annichilire» l'autorità dell'esecutivo⁹⁰.

⁸⁸ T. Paine, *To the Citizens of Pennsylvania, on the Proposal for Calling a Convention* (1805), in *The Political Writings of Thomas Paine, Secretary to the Committee of Foreign Affairs in the American Revolution*, vol. I, Granville, 1839, p. 440, per cui «*Investing any individual, by whatever name or official title he may be called, with a negative over the formation of the laws, is copied from the English Government, without ever perceiving the inconsistency and absurdity of it, when applied to the representative system, or understanding the origin of it in England*». Egli, del resto, aveva già avuto modo di criticare aspramente l'incidenza proattiva del potere di veto assoluto esercitato dal re inglese sulla legislazione riguardante le colonie del continente americano in un *pamphlet* scritto nel 1776 a sostegno dell'indipendenza, in cui – per venire al punto della questione – il *negative power* viene dipinto come un potente strumento che consente all'esecutivo di imporre il suo disegno politico al legislativo: «*The powers of governing still remaining in the hands of the king, he will have a negative over the whole legislation of this continent. And as he hath shown himself such an inveterate enemy to liberty, and discovered such a thirst for arbitrary power, is he, or is he not, a proper man to say to these colonies, "you shall make no laws but what I please". And is there any inhabitant of America so ignorant as not to know that according to what is called the present constitution, this continent can make no laws but what the king gives leave to; and is there any man so unwise as not to see that (considering what has happened) he will suffer no law to be made here but such as suits his purpose*» (T. Paine, *Common Sense: Addressed to the Inhabitants of America, on the Following Interesting Subjects* (1776), in *The Political Writings of Thomas Paine*, cit., pp. 41-42).

⁸⁹ «*Si la puissance exécutive n'a pas le droit d'arrêter les entreprises du corps législatif, celui-ci sera despotique; car, comme il pourra se donner tout le pouvoir qu'il peut imaginer, il anéantira toutes les autres puissances*» (EL, libro XI, capitolo VI, p. 267).

⁹⁰ «*[...] From these clear and indubitable principles results the propriety of a negative, either absolute or qualified, in the Executive, upon the acts of the legislative branches. Without the one or the other, the former would be absolutely unable to defend himself against the depredations of the latter. He might gradually be stripped of his authorities by successive resolutions, or annihilated by a single vote. And in the one mode or the other, the legislative and executive powers might speedily come to be blended in the same hands. If even no propensity had ever discovered itself in the legislative body to invade the rights of the Executive, the rules of just reasoning and theoretic propriety would of themselves teach us, that the one ought not to be left to the mercy of the other, but ought to possess a constitutional and effectual power of self-defense*» (Publius, *The Federalist Papers*, n. 73 (*The Provision For The Support of the Executive*,

Qui, dunque, Hamilton ragiona precisamente di una *faculté d'empêcher*.

Il grande costituzionalista americano sottolinea poi un'altra funzione del potere negativo in questione, che è quella di impedire una cattiva legislazione («*bad laws*»), proponendo così un'estensione teleologica della *faculté d'empêcher*⁹¹. Ma, anche in questo caso, Hamilton si rifiuta di riconoscere l'intrinseca forza propositiva del veto presidenziale. Le sole ipotetiche obiezioni che egli prende in considerazione sono relative all'eventualità che il potere negativo possa essere utilizzato per bloccare anche leggi giuste (e dunque che il veto sia utilizzato troppo frequentemente), oppure, e viceversa, che esso non venga esercitato quando necessario. Obiezioni, queste, alle quali egli ribatte con diversi argomenti, anche di carattere comparativo, difendendo la peculiare soluzione adottata dalla convenzione di Filadelfia, ossia quella di introdurre un veto presidenziale configurato come *qualified negative* anziché come *absolute negative*⁹². Non sembra esservi invece alcuna reale preoccupazione circa la possibilità che il veto presidenziale si traduca in uno strumento attivo, tale cioè da implicare un'influenza presidenziale diretta e di segno positivo sui contenuti della legislazione.

Eppure il dato normativo rivela già di per sé questa attitudine. In base alla

and the Veto Power, in *The New York Packet*, 21 marzo 1788)).

⁹¹ «*But the power in question has a further use. It not only serves as a shield to the Executive, but it furnishes an additional security against the enactment of improper laws. It establishes a salutary check upon the legislative body, calculated to guard the community against the effects of faction, precipitancy, or of any impulse unfriendly to the public good, which may happen to influence a majority of that body [...]. The propriety of the thing does not turn upon the supposition of superior wisdom or virtue in the Executive, but upon the supposition that the legislature will not be infallible*» (*ibidem*).

⁹² «*The injury which may possibly be done by defeating a few good laws, will be amply compensated by the advantage of preventing a number of bad ones. Nor is this all. The superior weight and influence of the legislative body in a free government, and the hazard to the Executive in a trial of strength with that body, afford a satisfactory security that the negative would generally be employed with great caution; and there would oftener be room for a charge of timidity than of rashness in the exercise of it. [...]*» (*ibidem*). Questa «grande cautela» nel ricorso al potere di veto sarebbe enfatizzata dal contesto repubblicano. Infatti, prosegue più oltre Hamilton: «*If a magistrate so powerful and so well fortified as a British monarch, would have scruples about the exercise of the power under consideration, how much greater caution may be reasonably expected in a President of the United States, clothed for the short period of four years with the executive authority of a government wholly and purely republican?*». Dunque, quello che prima pareva un argomento favorevole (il veto non sarà usato con una frequenza eccessiva e non bloccherà le leggi giuste) rischia di tradursi in un argomento sfavorevole (il veto sarà usato troppo infrequentemente, al punto da comportare l'inazione del presidente in caso di leggi ingiuste). Rispetto a questa possibile obiezione, però, Hamilton avanza un ulteriore argomento, che mira appunto a valorizzare la scelta della convenzione di Filadelfia a favore di un veto superabile da una maggioranza qualificata del legislativo e come tale più agevolmente opponibile da parte dell'esecutivo rispetto a un veto assoluto: «*But the convention have pursued a mean in this business, which will both facilitate the exercise of the power vested in this respect in the executive magistrate, and make its efficacy to depend on the sense of a considerable part of the legislative body. Instead of an absolute negative, it is proposed to give the Executive the qualified negative already described. This is a power which would be much more readily exercised than the other*» (*ibidem*). In realtà, come osserva A. Buratti, *Fondare l'equilibrio*, cit., p. 40, lo stesso Hamilton aveva sostenuto l'opzione del veto assoluto durante i lavori della convenzione di Filadelfia.

procedura delineata dalla *presentment clause* contenuta nella sezione 7 (cl. 2) dell'articolo I della costituzione americana, nel caso del c.d. *regular veto*, se il presidente non appone la propria firma sul *bill* presentatogli dalle due camere in seguito alla deliberazione, lo rinvia entro dieci giorni «*with his Objections to that House in which it shall have originated, who shall enter the Objections at large on their Journal, and proceed to reconsider it*». Qualora i dieci giorni stabiliti per la firma del *bill* o per il suo rinvio decorrano vanamente si verifica, in alternativa, o il *default enactment*, se il congresso è in sessione, o il c.d. *pocket veto*, se invece il congresso si è nel frattempo aggiornato e non è in sessione⁹³. Il congresso si trova dunque di fronte a tre possibili opzioni: scavalcare il veto (*override the veto*) con la maggioranza qualificata di almeno due terzi dei voti in entrambe le camere; riconsiderare il *bill* attenendosi alle indicazioni del presidente nella speranza che stavolta il *bill* venga firmato; abbandonare il *bill* rinviato.

Ciò significa che le obiezioni presidenziali sui contenuti della legge, stante la gravosa maggioranza qualificata necessaria per superare il veto, si prestano *per loro natura* a tradursi esse stesse in contenuti della legge «riconsiderata» dal congresso. Per una sorta di eterogenesi dei fini, mentre nella tradizione inglese l'assenza di una motivazione del diniego di *royal assent* serviva a sottolineare la libertà decisionale del monarca, nella costituzione americana l'opposta previsione di una motivazione del rinvio rivela la libertà del presidente di esternare il suo indirizzo politico-legislativo. Ed è peraltro significativo, sul piano giuridico-sistematico, che il veto sia disciplinato nella citata sezione 7 alla stregua di un passaggio *interno* alla procedura legislativa, il che fa del presidente «*a player in the American legislative process*», come oggi attesta peraltro anche il significato riconosciuto ai c.d. *signing statements* che talora accompagnano la firma di una legge al fine di corredarla di una sorta di interpretazione (presidenziale) autentica⁹⁴.

⁹³ Il *pocket veto*, che allude letteralmente a un veto lasciato nella tasca del presidente, è un'arma essenziale nelle mani di quest'ultimo per evitare che un eventuale aggiornamento del congresso – specialmente se quest'ultimo non è in grado di superare il veto a maggioranza qualificata – impedisca all'organo esecutivo di rinviare la legge nei dieci giorni concessi. In questo caso non vi è dunque alcun *enactment* della legge e anzi il procedimento legislativo si interrompe in via definitiva, con un veto implicito assoluto, senza possibilità per il congresso né di superare il veto a maggioranza qualificata né di introdurre modifiche al testo (anche perché difetta in tal caso la premessa di un rinvio motivato). Si discute se il meccanismo del *pocket veto* debba operare solo in occasione di un aggiornamento *sine die* o anche per brevi interruzioni della sessione astrattamente compatibili con l'esercizio del potere di veto. La *ratio* e l'ambito di applicazione del *pocket veto* sono stati – in gran parte – chiariti dalla corte suprema degli Stati Uniti nel *Pocket Veto Case* del 1929 e, successivamente (dopo l'approvazione del XX emendamento, che ha inciso in materia garantendo una maggiore “regolarità” dei lavori parlamentari) in *Wright v. United States* (1938). Cfr. A. Carminati, *La scomposizione del potere dello Stato*, cit., pp. 110-116 e la bibliografia di autori statunitensi citata *ivi*, p. 110, nota 9. Sull'argomento del veto presidenziale si veda, in generale, R.J. Spitzer, *The Presidential Veto. Touchstone of the American Presidency*, Albany, 1988.

⁹⁴ Cfr. S.G. Calabresi, *The Legal Significance of Presidential Signing Statements*, in *The Use of Presidential Signing Statements, Hearing before the Committee on the Judiciary United States Senate*, CIX Congress, II Sec., 27 giugno 2006, S.HRG. 109- 1503, pp. 131-132, per cui «*The president's understanding of what a bill means when he signs it is just as legally important as in Congress's understanding when it passes either the House or the Senate*».

Non deve pertanto sorprendere che sin dal primo caso di applicazione del veto presidenziale, da parte di George Washington nel 1792, le obiezioni espresse dal presidente nel suo rinvio (e dunque in sostanza la sua proposta di emendamento al *bill* rinviato) si sono potute tradurre in altrettanti nuovi e diversi contenuti della legge. Il congresso, infatti, dopo aver vanamente tentato di superare il veto (difettando la maggioranza qualificata necessaria), si trovò costretto a modificare il *bill* nel senso indicato dal presidente, così che poté finalmente vedere la luce lo *Apportionment Act* del 1792⁹⁵. Se è vero che, in quel caso, il rinvio della legge era motivato da obiezioni di ordine costituzionale, non fu così nel caso del secondo (e ultimo) veto opposto dallo stesso Washington, durante il suo secondo mandato presidenziale, al *bill* relativo a «*An Act to ascertain and fix the military establishment*». Le obiezioni del presidente entravano stavolta nel merito politico del provvedimento, ma furono comunque puntualmente recepite nel *bill* riconsiderato dal congresso⁹⁶.

Non poté viceversa consolidarsi la condotta istituzionale dei primi due successori di George Washington, John Adams e Thomas Jefferson, che si attennero a un rigoroso *self-restraint* ed evitarono accuratamente il ricorso al potere di rinvio in ossequio a una visione intransigente delle competenze legislative del congresso. Non appena alla presidenza subentrò James Madison i rinvii presidenziali furono ben sette (di cui cinque *regular veto* e due *pocket veto*), dandosi così la stura a una prassi oggi ormai consolidata⁹⁷.

Esistono già approfonditi studi dottrinali, ai quali non si può far altro che rinviare, dedicati alle varie funzioni che il veto presidenziale ha via via assolto nell'evoluzione del sistema di governo presidenziale americano e ai diversi significati

⁹⁵ *Second Congress, First Session, Regular Veto, H.R. 163, For an apportionment of Representatives among the several states, according to the first enumeration, Vetoed April 5, 1792 (H. Jour., pp. 563, 564).*

⁹⁶ *Fourth Congress, Second Session, H.R. 219, To alter and amend an act, entitled «An Act to ascertain and fix the military establishment of the United States», Vetoed February 28, 1797 (H. Jour., pp. 726, 727).*

⁹⁷ In effetti, analizzando le statistiche relative alla prassi, si evince che il ricorso al veto presidenziale si palesò come un evento eccezionale solo nelle prime tre amministrazioni. Va detto che dopo la guerra civile alcuni presidenti ne fecero un uso decisamente massiccio: Ulysses S. Grant vi ricorse 93 volte e con Stephen Grover Cleveland, al primo dei suoi due mandati non consecutivi, si arrivò a 414 veti (il record, relativamente a un unico mandato); in numeri assoluti, invece, la presidenza che nel complesso conta più rinvii è quella di Franklin Delano Roosevelt, con 635 veti (di cui 372 *regular* e 263 *pocket*, con 9 *veto overrides*) posti nel corso dei suoi quattro mandati, durante i quali, paradossalmente, egli poté sempre contare su una maggioranza democratica tanto al Senato quanto alla camera dei rappresentanti. Ad oggi (cioè mentre è in corso il centosedicesimo congresso, sotto la presidenza di Donald Trump) i *vetoed bills* nell'esperienza della costituzione degli Stati Uniti sono stati in tutto 2581, di cui solo 1515 *regular* e 1066 *pocket*, mentre soltanto 111 sono quelli «*overridden by Congress*», l'ultimo nel corso del secondo mandato di Barack Obama (i dati sono riportati dal sito del senato degli Stati Uniti, *Senate.gov, Legislation & Records*, consultato il 17 maggio 2020). Statistiche a parte, il potere di veto ha un'influenza costruttiva sulla legislazione anche quando non è impiegato attivamente ma utilizzato come strumento di persuasione (Oltre a R.J. Spitzer, *The Presidential Veto*, cit., si veda lo studio politologico condotto da C.M. Cameron, *Veto Bargaining. Presidents and Politics of Negative Power*, Cambridge, 2000, che tende appunto a dimostrare come la minaccia del veto si sia rivelata uno strumento di persuasione efficace soprattutto in costanza di *divided party government*).

in cui le amministrazioni succedutesi nel tempo lo hanno di volta in volta inteso⁹⁸.

Il punto fondamentale è però qui un altro, ossia l'erronea impostazione di fondo di chi immaginava il veto come uno strumento che – sulla scorta del modello montesquieuviiano della *faculté d'empêcher* – avrebbe permesso all'esecutivo di partecipare alla legislazione in chiave meramente difensiva-impeditiva. In questa prospettiva il veto qualificato avrebbe dovuto ostacolare la produzione di leggi incostituzionali o sbagliate, senza tuttavia fornire al presidente, in qualità di organo esecutivo, una vera e propria *faculté de statuer*, cioè una potestà di autentico co-legislatore (posto che l'articolo II si limita ad attribuire al presidente soltanto il compito di informare periodicamente il congresso sullo stato dell'Unione e di raccomandare le misure ritenute necessarie)⁹⁹. Da questa erronea premessa teorica discende anche la struttura – di impronta parimenti molto montesquieuviiana – della *vesting clause* dell'art. I, che riserva espressamente il potere legislativo alle sole due camere del congresso escludendo invece il vertice dell'esecutivo (e così contrapponendosi al modello costituzionale britannico che viceversa lo include nel corpo legislativo).

Walter Bagehot, analizzando la disciplina del potere di veto del presidente degli Stati Uniti, aveva constatato come qui non vi sia affatto un unico titolare del potere legislativo bensì, a seconda dei casi, «*three separate repositories of the legislative power*», ossia: «*first, Congress and the President when they agree; next, the President when he effectually exerts his power; then the requisite two-thirds of Congress when they overrule the President*»¹⁰⁰.

Eppure, verso la fine dell'Ottocento, gli studiosi europei si dividevano ancora fra chi, come lo storico Hermann Von Holst, affermava che la facoltà di veto non facesse parte in alcun modo del potere legislativo¹⁰¹, posto che «*the legislator is congress, and not congress and the president*»¹⁰², e chi invece, come James Bryce, pur ammettendo che la convenzione di Filadelfia aveva reso il presidente una «*distinct branch of the legislature*», si affrettava a precisare subito dopo che lo era «*for negative purposes only*», così perpetuando il mito della *faculté d'empêcher*¹⁰³.

Visione, quest'ultima, accolta negli Stati Uniti anche da Edward Campbell Mason nella sua monografia dedicata al veto presidenziale, quando si cimenta nel tentativo di rispondere alla faticosa domanda: «*Is the exercise of the veto a legislative*

⁹⁸ V. l'analisi delle prassi presidenziali nell'esercizio del potere di veto offerta da A. Buratti, *Veti presidenziali*, cit., pp. 54-170.

⁹⁹ Il che non ha impedito l'avvento in via di fatto di un vero e proprio potere sostanziale di iniziativa legislativa, oggi accompagnato anche dalla prassi, inaugurata da Theodore Roosevelt, di utilizzare i messaggi al congresso per illustrare le proposte di legge. Su questi aspetti cfr. K.M. Dessayer, *The First Word: The President's Place in "Legislative History"*, in *Michigan Law Review*, n. 2/1990, p. 406, e la bibliografia indicata *ibidem* in nota 35.

¹⁰⁰ W. Bagehot, *The English Constitution*, cit., p. 157.

¹⁰¹ H. Von Holst, *The Constitutional Law of the United States of America*, Chicago, 1887, p. 112.

¹⁰² H. Von Holst, *The Constitutional and Political History of the United States*, vol. II, 1828-1846. *Jackson's Administration – Annexation of Texas*, a cura di John J. Lalor, Chicago, 1879, p. 48. È significativo che Herman Von Holst si senta tuttavia in dovere di precisare, *ibidem*, in nota: «*The last sentence [quella appunto riportata anche qui nel testo] is not to be found in the decision of the supreme court, but is an opinion put forward by myself*».

¹⁰³ J. Bryce, *The American Commonwealth*, vol. I, London, 1889, p. 220.

power?»¹⁰⁴. Egli ritiene infatti che la lettura di Bryce – per la verità molto fedele alla costruzione teorica proposta da Montesquieu – sia quella più in armonia con le «*known deviations in the Constitution from the strict principle of separation of powers*», poiché a suo giudizio riuscirebbe a conciliare tra loro, da un lato, il fatto che il presidente «*acts as a part of the law-making power, when he approves or disapproves an act*» e, dall'altro lato, il principio costituzionale che afferma: «*all legislative power is vested in Congress*»¹⁰⁵. Ma, a ben vedere, la riflessione di Mason, al pari di quella di Bryce, finisce per far emergere un dato molto differente, ossia che la contraddizione presente nella costruzione giuridica del potere di veto nella costituzione degli Stati Uniti è strettamente legata alla contraddizione insita nella costruzione teorica che l'ha ispirata, ossia quella di Montesquieu. Limitare il potere di veto presidenziale alla funzione di «approvare» o «non approvare» l'atto legislativo del congresso risponde precisamente al postulato irrealistico della *faculté d'empêcher*, cioè a un'idea molto riduttiva e fondamentalmente sbagliata delle reali implicazioni del potere negativo sulla legislazione, che include sempre anche l'implicita facoltà di emendamento e quindi di creazione dell'atto legislativo da parte dell'organo esecutivo.

La prassi ha infatti rivelato come il c.d. *negative power* del presidente sia uno strumento tale da rendere quest'ultimo un artefice attivo della legislazione. Anzi, come ha riconosciuto, tra gli altri, Arend Lijphart – evocando la definizione di «*tricameral legislature*» coniata da William H. Riker nel 1984¹⁰⁶ – il veto fa del presidente, persino quando vi sia un'ampia maggioranza parlamentare ad esso ostile, «*the equivalent of a third chamber of the legislature*»¹⁰⁷. Per tale ragione esistono da tempo rodati meccanismi volti ad assicurare un collegamento effettivo e possibilmente anche una fattiva collaborazione tra esecutivo e legislativo per favorire il raggiungimento di un accordo sui contenuti delle leggi (tramite lo *White House Office of Legislative Affairs* e appositi comitati istituiti in seno alle camere)¹⁰⁸.

I rapporti disegnati dalla costituzione si sono oggi persino rovesciati per effetto del notevole rafforzamento dell'iniziativa legislativa sostanziale del presidente¹⁰⁹ e del corrispondente indebolimento della capacità del congresso di dare impulso alla legislazione¹¹⁰.

¹⁰⁴ E.C. Mason, *The Veto Power. Its Origin, Development and Function in the Government of the United States (1789-1889)*, Boston, 1890, p. 112.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ W.H. Riker, *Electoral Systems and Constitutional Restraints*, in A. Lijphart, B. Grofman (a cura di), *Choosing an Electoral System. Issues and Alternatives*, New York, 1984, p. 109.

¹⁰⁷ A. Lijphart, *Thinking About Democracy. Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, Abingdon-New York, Routledge, 2007, p. 149. V. anche S.J. Wayne, *The Legislative Presidency*, New York, 1978.

¹⁰⁸ A. Carminati, *La scomposizione del potere dello Stato*, cit., p. 105 ss., descrivendo i rapporti di collaborazione tra esecutivo e congresso nel procedimento legislativo, non esita a parlare di una «attenuazione “genetica” del principio di competenza tra gli organi di indirizzo politico».

¹⁰⁹ 109 K.M. Dessayer, *The First Word: The President's Place in “Legislative History”*, cit., p. 406, nota che «*many measures introduced in Congress each year are actually the original ideas of the President or of executive departments, simply sponsored by a selected member of Congress*». V. sul tema anche l'ampia bibliografia statunitense ivi citata.

¹¹⁰ L. Fisher, *The Politics of Shared Power: Congress and the Executive*, 4^a, College Station, 1998, p. 23, osserva in proposito: «*Members of Congress could retard, accelerate, or deflect those impulses, and they could expand, limit or modify the specific proposals initiated from the*

Il veto, in estrema sintesi, affilia strutturalmente e attivamente il presidente alla funzione legislativa generando un paradosso nella descrizione costituzionale del potere legislativo come funzione rientrante nella esclusiva titolarità delle camere parlamentari.

Da ciò una contraddizione evidente che la dottrina americana ha cercato di ricomporre con la celebre espressione «*separated institutions sharing powers*»¹¹¹.

Ecco dunque un'altra prova del malinteso teorico che riguarda la portata della *faculté d'empêcher*; malinteso che la variante del “veto qualificato con motivazione del rinvio” rende forse più manifesto, ma che – come si è già avuto modo di dimostrare – è ben presente in ogni altra tipologia di potere negativo sulla legislazione, a cominciare dal veto assoluto.

6. Il veto sospensivo nella costituzione francese del 1791

È solo un breve accenno quello che si può qui dedicare alla vicenda della costituzione francese del 1791, in cui si trova un'ulteriore conferma dell'impossibilità di ridurre il potere di veto dell'esecutivo a un freno volto esclusivamente a prevenire gli abusi del corpo legislativo o, se si preferisce, a una facoltà negativa posta a garanzia del mantenimento dell'ordine costituzionale. Ma ciò che più conta, dal punto di vista dell'analisi comparativa, è che, come la costituzione di Filadelfia, anche la costituzione francese dualista del 1791 fornisce un esempio *sui generis* di realizzazione normativa della dottrina montesquieuviana della divisione dei poteri, incorporando lo schema dell'esclusione dell'organo esecutivo, dotato di una “mera” *faculté d'empêcher*, dal corpo legislativo.

La visione di Montesquieu traspare nitidamente nella tripartizione dei poteri delineata dagli articoli 3, 4 e 5 del titolo III («*Des pouvoirs publics*») della costituzione del 1791. In particolare, mentre l'articolo 3 stabiliva l'attribuzione – *rectius* la delega – del «potere legislativo» all'Assemblea («*Le Pouvoir législatif est délégué à une Assemblée nationale composée de représentants temporaires, librement élus par le peuple, pour être exercé par elle, avec la sanction du roi, de la manière qui sera déterminée ci-après*»), l'articolo 4 delegava il «potere esecutivo» al re e ai suoi ministri («*Le Gouvernement est monarchique: le Pouvoir exécutif est délégué au roi, pour être exercé sous son autorité, par des ministres et autres agents responsables, de la manière qui sera déterminée ci-après*»).

La più grande differenza con l'impianto montesquieuviano riguarda dunque il venir meno della struttura bicamerale reputava essenziale nell'ambito della componente teorica del *regimen mixtum*): «*L'Assemblée nationale formant le corps législatif est permanente, et n'est composée que d'une Chambre*» (art. 1, capitolo I, titolo III).

White House. But they could not set in motion the legislative stream itself. Constitutionally, they had every right to do. Theoretically, perhaps, they had the opportunity. Practically, they did not.

¹¹¹ Coniata da R.E. Neustadt, *Presidential Power*, New York, 1960, p. 33: «*The Constitutional Convention of 1787 is supposed to have created a government of “separated powers”. It did nothing of the sort. Rather, it created a government of separated institutions sharing powers*». V., tra gli altri, anche il significativo contributo di L. Fisher, *The Politics of Shared Power*, cit.

Sebbene, come ricorda Matteucci, «i francesi nel 1789 dettero una lettura oltremodo semplificata del capitolo sesto dell'XI libro dell'*Esprit de lois*»¹¹² (a parte il fatto che, nelle fallimentari esperienze legate alle costituzioni rivoluzionarie francesi, «l'un potere finì per distruggere l'altro»¹¹³), non si può tuttavia dubitare della circostanza che il testo del 1791 si sia parzialmente ispirato alla dottrina di Montesquieu.

Anzi, come già osservava Annibale Carena, la costituzione di cui si discute «regola i poteri secondo la pura dottrina della separazione» e, in particolare, nega al potere esecutivo il «diritto di iniziativa di legge», conferendogli la sola facoltà di «invitare» il corpo legislativo a «prendere in considerazione» un certo oggetto (art. 1, sez. I, capitolo III, titolo III), mentre stabilisce un diritto di veto «temperato»¹¹⁴.

Il dibattito sull'introduzione del veto fu particolarmente acceso nell'assemblea costituente e in seno al *comité de constitution* contribuendo a produrre una profonda spaccatura tra l'ala di destra e l'ala di sinistra. Da una parte, i *monarchiens*, guidati soprattutto da Jean-Joseph Mounier, guardavano alla costituzione inglese ed erano convinti della necessità di bilanciare l'eventuale attribuzione del potere legislativo all'assemblea nazionale monocamerale con la possibilità, per il re, di rifiutare la sanzione della legge. Dall'altra parte, la sinistra di tendenze repubblicane sosteneva l'indivisibilità del potere legislativo ed era contraria, specialmente per bocca di Sieyès (che pure al tempo preferiva il regime monarchico a quello repubblicano¹¹⁵), ad ogni forma di veto dell'esecutivo, assoluto o sospensivo che fosse, in quanto inconciliabile con il principio della rappresentanza. Anche grazie all'opera dei moderati si raggiunse infine un compromesso, basato sul contestuale accoglimento del monocameralismo (caro a sinistra) e del veto (caro a destra), ma quest'ultimo ammesso solo nella forma del veto sospensivo¹¹⁶.

La scelta del veto sospensivo fu quindi incorporata nell'articolo 2, sezione III, capitolo III, titolo III della costituzione del 1791, il quale prevedeva: «*Dans le cas où le roi refuse son consentement, ce refus n'est que suspensif. Lorsque les deux législatures qui suivront celle qui aura présenté le décret, auront successivement représenté le même décret dans les mêmes termes, le roi sera censé avoir donné la sanction*».

È interessante notare come, nell'ambito del dibattito costituente che aveva preceduto l'approdo a questa soluzione compromissoria, una riflessione particolarmente lucida sia venuta proprio da Jean-Joseph Mounier, sostenitore del veto assoluto e fautore di un assetto monarchico equilibrato, il quale, rifacendosi al pensiero di de Lolme, sottolineava che mentre la condivisione del potere esecutivo era

¹¹² N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali* (online), cit., p. 17.

¹¹³ N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di Politica*, cit., pp. 203 ss.

¹¹⁴ A. Carena, *Il principio della divisione dei poteri nello Stato costituzionale*, cit., p. 269.

¹¹⁵ «*Ce n'est ni pour caresser d'anciennes habitudes, ni par aucun sentiment superstitieux de royalisme, que je préfère la monarchie. Je la préfère, parce qu'il m'est démontré qu'il y a plus de liberté pour le citoyen que dans la république*» (così nello scambio epistolare con Thomas Paine del 1791, riportato da C. Dahl, T.A. Nexø (a cura di), *To Be Unfree. Republicanism and Unfreedom in History, Literature and Philosophy*, Bielefeld, 2014, p. 97).

¹¹⁶ Sul tenore e sui risvolti di questo complesso dibattito nonché sulle diverse posizioni emerse si rinvia ad A. Buratti, *Fondare l'equilibrio*, cit. pp. 43 ss., e alla bibliografia ivi citata.

dannosa, viceversa la condivisione del potere legislativo era indispensabile per garantire che la legge fosse adeguatamente ponderata: «è dunque uno dei più sacri principi della monarchia che il Re sia parte integrante del Corpo legislativo e che [...] abbia il diritto di rigettare una legge attraverso un veto o di approvarla con la propria sanzione, senza essere costretto a fornire motivazioni del proprio rifiuto»¹¹⁷. Il principale esponente dei *monarchiens*, pertanto, non proponeva il recepimento della dottrina montesquieuiana della divisione tra esecutivo e legislativo, bensì il diverso principio della condivisione del potere legislativo (finalizzata all'equilibrio) di cui era appunto sostenitore Jean Louis de Lolme.

Qui è d'obbligo qualche precisazione.

La vicinanza intellettuale di de Lolme a Montesquieu è nota. Anzi, secondo Vile, il pensiero del filosofo ginevrino, definito uno dei più fedeli discepoli di Montesquieu, sarebbe persino più netto di quello del barone di La Brède proprio nell'accento posto sulla «divisione delle funzioni a salvaguardia della libertà»¹¹⁸. Eppure Jean Louis de Lolme, che da Ginevra si stabilì in Inghilterra e ne osservò per lungo tempo le convenzioni costituzionali, resta fedele alla struttura fondamentale della costituzione inglese, cioè al *King-in-Parliament*. Vero è che anche la sua ricostruzione teorica del sistema inglese, esposta in *The Constitution of England* del 1771, appare atipica e, per certi aspetti, ormai superata¹¹⁹. Contrariamente a William Blackstone, infatti, che allude già a una cooperazione congiunta delle tre articolazioni del potere legislativo¹²⁰, de Lolme insiste ancora sull'opposta necessità che le tre componenti del legislativo si debbano frenare reciprocamente, enfatizzando così il canone montesquieuiano del “potere frena potere”. Nondimeno de Lolme, al pari di Blackstone e a differenza di Montesquieu, descrive l'organo esecutivo per ciò che esso realmente è nella tradizione costituzionale inglese, cioè un co-legislatore.

Gli studi sul pensiero di Mounier evidenziano appunto come il leader dei *monarchiens*, che pure attinge anche alla dottrina di Montesquieu, aderisce tuttavia al modello del *King-in-Parliament* idealizzato da de Lolme, in cui l'equilibrio dipende dalla suddivisione del potere legislativo, mentre si discosta dalla formula della separazione della *puissance exécutive* dalla *puissance législative*¹²¹.

¹¹⁷ *Ivi*, p. 45.

¹¹⁸ M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 115.

¹¹⁹ Cfr. *ibidem*, ove Vile riserva a de Lolme un giudizio critico piuttosto severo, osservando che, nonostante i lunghi anni trascorsi in Inghilterra, il filosofo originario di Ginevra avrebbe fallito nel compito di descrivere adeguatamente la *balanced constitution* inglese. Vile sottolinea come de Lolme, da un lato, predichi ancora la completa immobilità («*stagnation*») dei poteri come prerequisito della libertà politica e, dall'altro lato, sottostimi grandemente il peso politico del ministero. Se è vero che anche Montesquieu, prima di lui, non riuscì a comprendere l'importanza crescente dei ministri del re nello scacchiere istituzionale, è vero altresì che de Lolme trova assai meno giustificazioni del suo predecessore, visto che elabora la sua analisi oltre venti anni più tardi rispetto a Montesquieu, quando la discussione sul ruolo del *cabinet* è ormai esplosa (*ivi*, p. 116).

¹²⁰ Re, *lords* e comuni operano come tre distinti poteri che «*jointly impel the machine of government in direction different from either, acting by itself would have done; but at the same time in a direction partaking of each, and formed out of all*» (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, cit., p. 155, *apud* M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., pp. 115-116).

¹²¹ Cfr. W. Doyle, *La Pensée politique de Mounier*, in F. Furet, M. Ozouf (a cura di), *Terminer*

Sicché, nel riferimento di Mounier (e, indirettamente, di de Lolme) al monarca come «parte integrante del corpo legislativo», si vede bene la distanza con il pensiero di Montesquieu, il quale, ritenendo che la forma di partecipazione alla legislazione realizzata dalla *faculté d'empêcher* non permetta di configurare il re come un organo inserito all'interno del corpo legislativo, finisce per contaminare la sua originalissima ricostruzione della monarchia inglese con una soluzione strutturale tipicamente “*républicaine*”.

Ed è proprio quest'ultimo lo schema di fondo che viene infine adottato nella costituzione del 1791.

Nonostante infatti la variante del veto sospensivo e l'opzione per un sistema monocamerale, la configurazione dei poteri quivi stabilita è prossima al modello delineato nel capitolo VI del libro XI dello *Spirito delle leggi*, nel senso che la costituzione francese del 1791 – come del resto anche la coeva costituzione americana – traduce in norma positiva la tesi per cui l'esecutivo, essendo dotato di una mera facoltà di impedire, non farebbe parte del *corps législatif*.

Per rafforzare questo principio si prevedeva non soltanto che il veto fosse meramente sospensivo, nell'illusoria speranza che ciò ne avrebbe limitato l'impatto sull'azione del legislativo rappresentativo, ma altresì che il re non dovesse motivare la decisione di porre il veto. Ciò non già, come da tradizione inglese, per sottolineare l'insindacabilità e la libertà della decisione del monarca di ricorrere a tale strumento, bensì per evitare che emergesse un indirizzo politico legislativo dell'organo esecutivo (intuizione lungimirante se si pensa a come opera il rinvio motivato nella costituzione statunitense che al tempo era da poco entrata in vigore).

Nessuna equiparazione con il classico potere di rifiutare la sanzione regia, dunque, bensì un controllo puramente negativo ed esterno alla *puissance législative*, basato sulla facoltà del re di impedire – peraltro con un veto sospensivo e non assoluto – quella che il *Président* definiva «*une résolution prise par quelque autre*» (v. *supra*, § 3).

È dunque difficile non riconoscere come l'idea di fondo che prevalse nel delineare l'architettura della costituzione dualista del 1791 si ispirasse proprio allo schema montesquieuiano del *corps législatif* e al connesso postulato della (fittizia) estromissione del governo regio dalla *puissance législative*, motivata a sua volta dalla concezione riduttiva della *faculté d'empêcher*.

Se questa premessa è corretta, allora siamo di fronte a un altro valido banco di prova per testare la solidità dell'assunto montesquieuiano, che anche in questo caso sembra dimostrare la sua intrinseca fragilità. Infatti, nonostante le varianti strutturali che teoricamente avrebbero dovuto rafforzare il legislativo (come appunto la natura meramente sospensiva del veto e il monocameralismo basato sul principio della rappresentanza), nei pochi mesi di vita della costituzione del 1791 il veto si rivelò nondimeno uno strumento micidiale nelle mani del re, che vi fece ricorso cinque volte in dieci mesi paralizzando alcuni dei più significativi disegni politici dei partiti rivoluzionari¹²².

la Révolution: Mounier et Barnave dans la Révolution Française, Grenoble, 1990, p. 32.

¹²² Al punto che, come ricorda A. Buratti, *Fondare l'equilibrio*, cit., p. 51, «si arrivò ad ipotizzare la distinzione tra leggi soggette alla normale procedura di promulgazione e leggi contingenti ed urgenti (*lois de circonstance*), destinate a entrare in vigore senza bisogno della sanzione regia».

E così è proprio il frequente e incisivo esercizio del potere di veto a essere indicato come una delle principali cause della crisi istituzionale che travolse la costituzione del 1791.

7. Conclusioni. Il problema irrisolto del legislativo condiviso

È stato autorevolmente sostenuto che «la distinzione tra facoltà di statuire (*faculté de statuer*) e facoltà di impedire (*faculté d'empêcher*) dimostra come l'incontro tra poteri positivi e negativi non avvenga sul medesimo piano funzionale (ché altrimenti vi sarebbe una mera duplicazione di competenze), né su piani funzionali radicalmente scissi (ché altrimenti non avrebbe legittimità la stessa problematica della separazione)»¹²³.

È questa una proposta ermeneutica coerente con il *logos* montesquieuiano e in astratto idonea a ricomporre razionalmente le apparenti contraddizioni. Tuttavia, il fatto che la *faculté d'empêcher* sia concettualmente diversa dalla *faculté de statuer* e che pertanto non vi sia «una mera duplicazione di competenze», a ben vedere, non «dimostra» affatto che l'incontro tra poteri positivi e negativi non possa avvenire «sul medesimo piano funzionale».

Anzi, l'analisi comparativa illustrata nelle pagine precedenti (e limitata ai tre modelli storici qui ritenuti più pertinenti) risponde al tentativo di dimostrare proprio l'opposto, ossia che la *faculté d'empêcher*, lungi dall'essere un potere meramente negativo, include sempre una "*faculté de statuer indirectement*". Una tale conclusione permette di confutare non soltanto la ricostruzione teorica della *faculté d'empêcher* come prerogativa ontologicamente distinta dalla funzione legislativa (avvalorando così la tesi interpretativa già avanzata da Charles Eisenmann) ma altresì la complessiva speculazione montesquieuiana sulle implicazioni della categoria della *faculté d'empêcher*, palesando come l'organo esecutivo sia per sua incomprimibile vocazione "costituzionale" un co-titolare, pienamente partecipe, della funzione legislativa.

Sul piano concreto, la confusione funzionale dei poteri deriva proprio dal fatto che tale facoltà negativa implica la disponibilità di uno strumento di contrattazione dei contenuti positivi della legislazione. Tale strumento trova applicazione sostanziale anche nei casi di apparente inazione, nel senso che il mancato esercizio del potere di veto, da parte dell'esecutivo, è sovente collegato all'influenza che quest'ultimo è *effettivamente* riuscito a esercitare, a monte, sul procedimento di formazione della legge.

Tutto nasce, in definitiva, dal fallace postulato per cui la facoltà di impedire una legge non potrebbe mai tradursi in facoltà di statuire, sulla base dell'utopistica presunzione che l'esecutivo confini graziosamente il proprio potere negativo allo stretto necessario, ossia a impedire sul nascere le *leggi dispotiche* (attualizzando con qualche forzatura il concetto si potrebbe oggi dire: le *leggi incostituzionali*)¹²⁴, così da

¹²³ G. Silvestri, *Poteri dello Stato*, cit., p. 672.

¹²⁴ "Leggi dispotiche" nel senso di leggi che mirano a spogliare l'esecutivo delle sue attribuzioni per concentrarle nel corpo legislativo, da cui la finalità difensiva della facoltà di impedire attribuita al monarca, che è funzionale sia all'interesse di quest'ultimo (cfr. *EL*, libro XI, capitolo VI, p. 267) sia, contemporaneamente, al mantenimento dell'equilibrio complessivo del sistema (cioè alla sopravvivenza della forma del *governo moderato*).

restare ben distinto dal potere legislativo.

Al contrario, la *faculté d'empêcher* permette sempre l'incontro dei due poteri proprio sul piano della funzione legislativa, mentre è piuttosto difficile immaginare che questo incontro possa avvenire nell'ambito dell'attività di esecuzione delle leggi (a parte le tradizionali forme di interferenza indiretta del ramo legislativo nel ramo esecutivo, come l'*impeachment* di derivazione inglese – istituto che, non a caso, origina etimologicamente proprio dal verbo francese *empêcher* – o l'*advice and consent* senatoriale)¹²⁵. Sotto questo aspetto, è lo stesso Montesquieu a offrire un chiarimento importante: se il potere esecutivo ha la facoltà di arrestare il potere legislativo, il potere legislativo non deve avere a sua volta (e cioè «reciprocamente») la facoltà di arrestare il potere esecutivo, posto che l'attività esecutiva incontra già limiti «per sua natura»¹²⁶. Ciò però non toglie – precisa magistralmente il filosofo bordolese – che in uno stato libero la *puissance législative* ha comunque il diritto di esaminare in che modo alle *sue* leggi è stata data esecuzione («in quelle maniere les lois qu'elle a faites ont été exécutées»). L'esecutivo, in altre parole, è tenuto a «rendere conto dell'amministrazione»¹²⁷.

Coerentemente con le reali implicazioni della facoltà “negativa” dell'esecutivo – che appunto sono tali da permettere l'«incontro» dei due poteri politici proprio sul piano della funzione legislativa – la tradizione costituzionale inglese muove da un concetto ampio di sovranità parlamentare, includendo nel *supreme legislative body*, accanto alle due camere, anche la corona (v. *supra*, § 4). Montesquieu, viceversa, esclude il vertice dell'esecutivo dal *corps législatif*. Una scelta, questa, basata su una ricostruzione minimale delle potenzialità della *faculté d'empêcher* e su un proposito deontologico, per certi versi, lungimirante, almeno se si ha riguardo alla *ratio* fondamentale della limitazione del potere e alla progressiva estromissione della corona dall'esercizio effettivo del potere politico; ma non così lungimirante se invece si considera che, nell'evoluzione della costituzione inglese, il potere esecutivo, tutt'altro che scomparso, si è trasferito sui ministri per effetto della metamorfosi del sistema di governo innescata dall'emersione dei partiti politici e

¹²⁵ Restando nell'ambito dei sistemi dualistici classici, l'esperienza statunitense ha conosciuto per la verità anche la controversa stagione del c.d. *legislative veto*, che riguarda la configurabilità, in capo al legislativo, di un potere di annullamento degli atti dell'esecutivo. In realtà il *legislative veto* del congresso non è mai stato un contraltare del veto presidenziale: lo strumento, sorto in via di prassi negli anni trenta del secolo scorso e poi giudicato incompatibile con la costituzione dalla corte suprema nella sentenza *INS v. Chadha* (462 U.S. 919 (1983)), fu in realtà introdotto proprio su iniziativa dell'esecutivo che voleva dal congresso una delega speciale di potere ed era disposto, al fine di ottenerla, a fornire un valido strumento di controllo politico all'organo delegante, come chiarisce L. Fisher, *The legislative veto: invalidated it survives*, in *Law and Contemporary Problems*, n. 4/1993, pp. 273 ss., p. 276. In proposito, A. Carminati, *La scomposizione del potere dello Stato*, cit., pp. 34 ss., indaga approfonditamente la connessione tra la censura del *legislative veto* in *INS v. Chadha* e la *non-delegation doctrine* della Corte Suprema. Sgomberato il campo dal *legislative veto*, di interferenza – seppure indiretta – del legislativo nel ramo esecutivo si può piuttosto parlare con riferimento al potere del legislativo di influenzare la nomina e/o la permanenza in carica dei funzionari chiamati a dare esecuzione alle leggi, come appunto nei casi, già citati nel testo, dell'*advice and consent* e dell'*impeachment*.

¹²⁶ Cfr. *EL*, libro XI, capitolo VI, p. 268.

¹²⁷ *Ibidem*.

dall'estensione del suffragio. E così il nuovo organo esecutivo ha continuato a essere sostanzialmente incluso nel procedimento legislativo incidendo sulla definizione dei contenuti della legislazione. Anzi, nella sua nuova veste di ministero politicamente responsabile, l'esecutivo ha di molto accresciuto tale influenza basandosi su strumenti politici e costituzionali assai più efficaci della *faculté d'empêcher*, come l'iniziativa delle leggi.

D'altro canto, come pure si è visto, nell'ambito della costituzione scritta degli Stati Uniti, ove l'esecutivo è rimasto giocoforza incardinato nella figura del presidente, le implicazioni del veto presidenziale costituiscono ancora oggi una prova tangibile degli elementi di debolezza del costruito montesquieviano della *faculté d'empêcher*. Tanto è vero che la sostanza del potere contraddice la norma costituzionale scritta (ossia la *vesting clause* di cui all'art. I della costituzione americana) che pretende, conformemente all'ideale montesquieviano, di estromettere l'organo esecutivo dal *corps législatif* (v. *supra*, § 5).

In verità, il castello teorico di Montesquieu può reggere solo se il titolare del potere negativo non coincide con l'esecutivo, cioè con un organo politico, tanto è vero che la probabilità di un uso puramente impeditivo del potere di veto è inversamente proporzionale al grado di "politicizzazione" del capo dello stato. Montesquieu salta dunque un passaggio fondamentale, ossia la configurazione del potere neutro: affinché il potere negativo del capo dello stato si atteggi ad autentica *faculté d'empêcher* è necessario che il monarca perda la titolarità effettiva del potere politico-esecutivo in favore del ministero¹²⁸.

Ma in tutti gli altri casi, quando cioè il capo dello stato, titolare del potere negativo sulla legislazione, sia anche il (o un) rappresentante dell'esecutivo politico, allora la sua facoltà di *statuizione* positiva e non soltanto di *impedimento*, nell'ambito della legislazione, è innegabile.

Il postulato montesquieviano si rivela dunque, anche alla prova dei fatti, fragile, tanto più se si considera che la valenza positiva del potere di impedire si è manifestata non soltanto nell'ambito dell'esercizio del veto assoluto ma anche nell'ambito dell'esercizio del veto sospensivo "qualificato" tipico dell'esperienza

¹²⁸ Un primo chiarimento dottrinale verso la costruzione di questo schema viene soprattutto da B. Constant, *Réflexions sur les constitutions*, cit. In quest'opera, pubblicata un anno prima dei suoi più noti *Principes de politique*, Constant si occupa dell'evoluzione della forma di governo monarchico costituzionale (traendo spunto pur sempre dalla costituzione inglese) e mira a tratteggiare un progetto di costituzione per la Francia. Nello schema di Constant, il re, in quanto titolare del «potere reale», distingue la sua azione da quella del «potere esecutivo» che, pur «emanando dal re», si configura come autonomo potere ministeriale (da qui l'idea del potere neutro e la configurazione di un monarca che regna ma non governa). I ministri, titolari del potere esecutivo (o ministeriale), concorrono all'esercizio dell'iniziativa legislativa (su di un piano eminentemente politico) insieme alle camere, che sono invece titolari del «potere rappresentativo»: «*Les Ministres proposent les lois dans le sein des assemblées représentatives, et concurrement avec les autres membres de ces assemblées*» (ivi, p. 41). Tra le prerogative del potere neutro-reale, vi sono, a loro volta, la stessa proposta di legge e la sanzione della legge, accanto, ovviamente, al potere di rifiuto della sanzione medesima: «*Le Roi concourt à la confection des lois, soit par la proposition, qui lui appartient, ainsi qu'aux deux Chambres, soit par la sanction qui lui est réservée, et sans laquelle aucune loi ne peut avoir lieu*» (ivi, p. 21). Per Constant, peraltro, il veto del re è necessario anche per via della tendenza alla moltiplicazione delle leggi e deve essere assoluto (ivi, p. 25).

nordamericana e del veto sospensivo “semplice”. Persino il blando potere di rinvio del nostro presidente della Repubblica, organo certamente non assimilabile al vertice dell’esecutivo¹²⁹ ma, secondo alcune interpretazioni, portatore di un proprio peculiare «indirizzo politico»¹³⁰ e comunque investito di un ruolo di garanzia attiva, si è rivelato idoneo a conferire al capo dello stato – come ampiamente comprovato dalle cronache costituzionali – un implicito potere di contrattazione, spesso “sotterranea”, dei contenuti della legislazione¹³¹.

¹²⁹ Tuttavia, v. anche la nota tesi di C. Esposito, *Capo dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960, p. 233 ss., intorno alla possibilità che il capo dello stato funga da reggitore del sistema in tempo di crisi.

¹³⁰ Cioè un «indirizzo politico presidenziale» (G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica italiana. Note preliminari*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/1951, pp. 903 ss., *passim*) o un «indirizzo politico costituzionale» (P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, pp. 308-30). O. Chessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un’interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, p. 223, propone la tesi di un «esecutivo diviso» in due branche o articolazioni funzionali, cioè quella del gabinetto, responsabile politicamente davanti alle camere, e quella del presidente della Repubblica. Quest’ultimo, osserva Chessa, non può mai agire da solo, «cioè in modo potenzialmente idoneo ad entrare in conflitto con l’indirizzo parlamentare, ma sempre e soltanto con l’accordo del Governo», sicché «con riferimento alle funzioni presidenzial-governative il Capo dello Stato e il gabinetto sono ciascuno il potenziale *veto player* dell’altro»; ma il «veto» di cui ragiona Chessa presenta, ancora una volta, una dimensione positiva e conduce a una condivisione della funzione di governo, cioè a «*separated institutions competing for shared powers*» (*ibidem*). Più recentemente v., *ex multis*, A. Spadaro, *L’evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 settembre 2018; V. Lippolis, *Il Presidente della Repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, che ricorda come, con riferimento alla crescente influenza del potere presidenziale, si sia anche parlato di «“bagliori” presidenziali», di «semipresidenzialismo mite», di «presidenzialismo di fatto», di «governo presidenziale» (per i relativi riferimenti bibliografici cfr. *ivi*, pp. 1-2).

¹³¹ Senza alcuna pretesa di esaustività, è sufficiente qui accennare alla circostanza che nell’esperienza italiana, in molti casi, al rinvio presidenziale di un progetto di legge deliberato dalle camere è seguita la piena adesione dell’organo parlamentare alle indicazioni del presidente della Repubblica, e dunque si è pervenuti alla modifica del testo legislativo nel senso voluto dal capo dello stato. Ciò è accaduto anche prima che si consolidasse la prassi inaugurata dal presidente Ciampi che limitava i motivi del rinvio alle sole ipotesi di manifesta incostituzionalità. Negli ultimi tempi si sono intensificate le – peraltro controverse – pratiche interlocutorie non ufficiali tra il governo e il presidente della Repubblica, finalizzate a prevenire *ex ante* i possibili rinvii presidenziali dei disegni di legge e quindi a rendere più incisiva l’opera di *moral suasion* del capo dello stato. Ove quest’ultima non produca l’effetto correttivo sperato, una prassi presidenziale inaugurata dallo stesso Ciampi ha introdotto le c.d. promulgazioni “con motivazione” o “con riserva” o “con esternazioni di accompagnamento”. La bibliografia in materia di potere presidenziale di rinvio è molto estesa, ma si vedano, tra gli altri, F. Cuocolo, *Il rinvio presidenziale nella formazione delle leggi*, Milano, 1955; M.C. Grisolia, *Il rinvio presidenziale delle leggi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/1992, pp. 215 ss.; A. Ruggeri, *Rinvio presidenziale delle leggi e autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge fra aperture del modello e delusioni della prassi*, in M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, pp. 171 ss.; R. Romboli, *Il rinvio delle leggi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011; A. Morrone, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013; C. De Fiore, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario e unità nazionale*, in

Sul piano speculativo, l'analisi critica qui proposta non serve soltanto a sfatare il mito del potere negativo, ma dovrebbe anche aiutare a riconsiderare il dogma apparentemente intramontabile della titolarità parlamentare della funzione legislativa, suggerendo una riflessione più ampia e più "laica" intorno alla vera natura del potere delle camere rappresentative. L'annoso dibattito sulle cause della crisi del parlamentarismo nonché dell'abuso degli strumenti normativi da parte dell'esecutivo dovrebbe essere basato su una premessa molto diversa da quella attuale e cioè sulla constatazione che l'esecutivo è da sempre, fisiologicamente, parte integrante di un unitario corpo politico-legislativo; ove l'avverbio *fisiologicamente* sta qui a significare la corrispondenza di tale assunto con le leggi immanenti alla «*nature des choses*» (proprio in senso montesquieuiano).

La distinzione tra esecutivo e legislativo operata da Montesquieu sulla scia dei suoi predecessori risponde al tentativo di affrancarsi dal concetto unitario medioevale di *gubernaculum*, che accorpava il potere politico contrapponendolo al concetto di *iurisdictio*¹³². La partecipazione dell'esecutivo al potere di fare le leggi in quanto potere supremo (e quindi per sua natura condiviso) è tuttavia un dato non soltanto preesistente alla dottrina di Montesquieu, inverandosi nel c.d. potere negativo sulla legislazione, ma anche successivo ad essa, come oggi testimoniano gli attuali strumenti di partecipazione attiva del governo alla legislazione. Dal medioevo sino ad oggi l'unica dicotomia concettuale che, seppure in continua trasformazione, séguita a manifestarsi chiaramente nel reale *modus operandi* dei vari modelli occidentali di organizzazione del potere pubblico sembra essere ancora quella tra «giurisdizione» (oggi anche costituzionale) intesa come limitazione del potere, da un lato, e «attività statuyente» del *gubernaculum*, dall'altro lato¹³³. Lo *statuere* è infatti, anche nella

Rivista di diritto costituzionale, 2002, pp. 214 ss.; A. Ruggeri, *Verso una prassi di leggi promulgate con "motivazione"...contraria?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1 luglio 2002.

¹³² V. per tutti C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), Bologna, 1990. Si deve precisare, con N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali* (online), cit., p. 17, che tale antica (anzi, la «più antica») dottrina della separazione dei poteri, quella appunto intercorrente fra la sfera del *gubernaculum* e la sfera della *iurisdictio*, era stata originariamente teorizzata da Henry de Bracton nel XIII secolo sulla base di una dicotomia concettuale affatto differente da quella affermatasi nei secoli successivi, difettando allora un ramo giudiziario propriamente inteso: «nella prima [*gubernaculum*] il re agiva per il bene del paese in base soltanto al suo potere discrezionale di prerogativa e non era sottoposto a nessuno, se non a Dio; nella seconda [*iurisdictio*], nel "dire" la giustizia fra i suoi sudditi, era sottomesso alla legge. Ma qui, in realtà, la *iurisdictio*, più che rappresentare una divisione del potere, costituiva un limite al potere, subordinando il re al diritto. Da questo principio si svilupperà nei tempi moderni l'indipendenza e l'autonomia dei giudici, sottomessi soltanto al diritto, "leoni sotto il trono della legge"». V. Onida, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2005, p. 3, svolge una considerazione in linea con queste risultanze: «oggi si può forse dire che il vero significato costituzionale del principio di separazione dei poteri consiste nella separazione e reciproca indipendenza fra poteri di governo o politici da un lato, poteri di garanzia dall'altro».

¹³³ Cfr. P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale* (1969), Milano, 2002, pp. 95 ss. e pp. 148-149. Dalla dicotomia medioevale tra *gubernaculum* e *iurisdictio* discende il concetto del governo limitato fatto proprio dal costituzionalismo moderno e contemporaneo. Per usare le parole di N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali* (online), cit., p. 25: «Mentre il principio della separazione dei poteri, alla fine, è

contemporaneità, quella funzione complessa ma con vocazione unitaria che appartiene all'apparto del "governo politico" in senso lato; funzione dalla quale una certa dottrina della separazione dei poteri ha preteso di distinguere la *faculté d'empêcher* al fine di giustificare l'estromissione dell'organo esecutivo dal pieno potere legislativo (e cioè, per l'appunto, dalla *faculté de statuer*). Ma questa finzione, seppur successivamente corroborata dal principio della rappresentanza¹³⁴ – «*a new invention, unknown at Montesquieu's time*» come ebbe a definirla Thomas Jefferson¹³⁵ –, ha dimostrato tutti i suoi limiti nella storia delle forme di governo, finendo per costituire ancora oggi un ostacolo alla corretta comprensione dell'effettiva natura dei poteri costituzionalmente organizzati.

La contraddizione presente nella costruzione montesquieuviana della *faculté d'empêcher* è quindi alla base di un'aporia diffusa negli ordinamenti contemporanei: l'organo esecutivo è sempre stato partner del potere legislativo nelle varie declinazioni dei sistemi dualisti così come lo è, a maggior ragione, nell'odierno regime parlamentare monista. Il parlamentarismo, sotteso dall'azione dei partiti politici, ha così finito per realizzare un vero e proprio «monopolio» governativo sulla legislazione¹³⁶, a dispetto delle clausole normative che in molte costituzioni contemporanee assegnano formalmente la funzione legislativa in via esclusiva alle camere.

Nella dottrina dell'insigne bordolese, come si è visto, la visione stringente e riduttiva della *faculté d'empêcher* di cui è dotato il vertice dell'esecutivo finisce per essere la pietra angolare d'un costrutto logico complesso in cui tale visione giustifica

tutto giocato sulla separazione (assai problematica) fra esecutivo e legislativo, il governo limitato valorizza al massimo, come contraltare del potere, la funzione giudiziaria, esclusiva interprete dei limiti giuridici della costituzione, di cui è la custode».

¹³⁴ V., per tutti, G. Caporali, *Considerazioni sulla rappresentanza politica*, in *Diritto e società*, 2007, p. 672 ss., e la bibliografia ivi citata.

¹³⁵ A. Koch, *The Philosophy of Thomas Jefferson*, Chicago, 1964, p. 152. Cfr. sul punto anche R.A. Dahl, *On Democracy*, 2^a, New Haven-London, 2015, pp. 104-105. Bisogna però ricordare che anche Montesquieu, pur non essendo certo un "teorico" della rappresentanza, ne conosceva, almeno in parte, le varianti (migliore, per il *Président*, quella in cui, come nel modello inglese dell'elezione da parte dei borghi, gli abitanti di ciascun «luogo importante» possano scegliersi un proprio rappresentante, posto che si conoscono meglio «i bisogni della propria città» che quelli delle altre città) e i benefici: «*Le grand avantage des représentants, c'est qu'ils sont capables de discuter les affaires*» mentre «*Le peuple n'y est point du tout propre*» (*EL*, libro XI, capitolo VI, p. 266).

¹³⁶ B. Mirkine-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1931, ora in Id., *Comparazioni teoriche e razionalizzazioni costituzionali*, a cura di Armando Pichierrì, Lecce, 2009, pp. 185-188, a tale riguardo osserva: «Il parlamentarismo, che presenta il più interessante aspetto del problema dei rapporti tra il potere esecutivo e il potere legislativo, ha cambiato anche il suo aspetto dottrinale e ha subito una trasformazione assai complessa. [...] Il vero senso politico del regime parlamentare nella democrazia contemporanea è nella formazione dell'Esecutivo. [...] Alla base della vita politica contemporanea si trova l'esistenza dei partiti politici. Arrivando al potere, vale a dire avendo la propria maggioranza parlamentare, il partito politico può realizzare il proprio programma. [...] Può realizzarlo per prima cosa per via legislativa [sicché] di fatto le leggi divengono un monopolio del Governo» dotato dell'«apparato tecnico necessario a preparare i progetti di legge». Ne consegue che «il ruolo della maggioranza parlamentare consiste unicamente nella omologazione dei progetti governativi», con un inevitabile «abbassamento del livello dell'eloquenza parlamentare».

l'attribuzione del "pieno" potere legislativo, in via esclusiva, all'omonimo *corps*. Tale schema – che sembra essere il frutto di un'analisi storica fondamentalmente erronea – è stato poi assimilato, rimaneggiato e radicalizzato dai fautori del costituzionalismo rivoluzionario che, come Sieyès, Paine e Condorcet, furono paradossalmente anche voci critiche verso la dottrina di Montesquieu.

Nicolas de Condorcet, in particolare, nonostante la sua distanza intellettuale da quel fanatismo giacobino che fu alla base del «fallimento totalitario» della rivoluzione francese¹³⁷, ebbe a contestare duramente lo *Spirito delle leggi* di Montesquieu sotto molteplici profili: ne disapprovò la metodologia storico-induttiva, proponendo un approccio modernista e razionale-deduttivo basato sulla fiducia nel progresso sociale¹³⁸; si oppose al protagonismo dei parlamenti giudiziari, dipinti dal *Président* come salvifici corpi intermedi, denunciandone all'opposto la vocazione a costituire una forma di «*aristocratie despotique*»¹³⁹; confutò il concetto della divisione per classi, ordini o stati invocando la rappresentanza unitaria nazionale di stampo egualitario (e persino egualitarista) e il conseguente superamento del bicameralismo montesquieuiano; infine, ed è la cosa più importante ai fini del discorso sin qui svolto, egli propose di "separare del tutto" l'organo esecutivo dalla funzione legislativa (nel senso di affermare la completa subordinazione del primo alla seconda), proponendo di cancellare persino quella pur limitata partecipazione alla funzione legislativa (per il tramite appunto della *faculté d'empêcher*) che nella dottrina di Montesquieu costituiva comunque un elemento di interferenza necessario¹⁴⁰. Il cerchio

¹³⁷ Espressione di S. Prisco, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche*, in *Dirittifondamentali.it*, p. 7. Sul tema si veda *amplius* H. Arendt, *Sulla rivoluzione* (1963), a cura di R. Zorzi, Milano, 1983, pp. 170 ss., che sottolinea come il dogma rousseauiano della volontà generale, concetto che finì per sostituirsi a quello della sovranità del monarca assoluto conservandone la dimensione indivisa, fu il principale fondamento teorico della rivoluzione francese, contrapposto alla dottrina della divisione del potere che viceversa fu posta a fondamento della rivoluzione americana. E ciò contribuisce a spiegare il diverso esito delle due rivoluzioni.

¹³⁸ Dal momento che, in definitiva, «*il s'agit de donner aux hommes les lois les plus conformes à la justice*» (*Observations de Condorcet sur le XXIXe livre de l'Esprit des lois*, in M. Destutt de Tracy (a cura di), *Commentaire sur l'Esprit des lois de Montesquieu*, Paris, p. 368). Cfr. G. Magrin, *Confutare Montesquieu. La critica di Condorcet, tra epistemologia e filosofia politica*, in D. Felice (a cura di), *Montesquieu e i suoi interpreti*, cit., pp. 377 ss.

¹³⁹ Così nelle sue *Lettres d'un citoyen des États-Unis à un français sur les affaires présentes* (1788) in *OEuvre de Condorcet*, vol. IX, Paris, p. 113; ma cfr. soprattutto Id., *Idées sur le despotisme* (1789), in *idem*, pp. 147 ss.

¹⁴⁰ La moderazione del governo, secondo Condorcet, deve ottenersi sulla base di strumenti completamente differenti rispetto a quelli indicati da Montesquieu nello *Spirito delle leggi*, il primo dei quali è dato dal pluralismo verticalizzato delle assemblee rappresentative, in cui una pluralità di assemblee primarie locali interagisce con il corpo legislativo monocamerale nazionale anche in funzione di controllo e limitazione del potere. Le altre forme di contenimento del potere considerate da Condorcet rispondono tutte a una visione ormai molto progredita rispetto alla visione del *Président*. Come chiosa G. Magrin, *Confutare Montesquieu*, cit., p. 411: «L'obiettivo della limitazione del potere è ormai perseguito [da Condorcet] attraverso il richiamo a categorie della modernità politica sconosciute al filosofo di La Brède: una costituzione sempre rinnovabile, i diritti dell'uomo sanciti da una *Dichiarazione*, la dinamica della democrazia rappresentativa», anche se, sullo sfondo, resta pur sempre la solida visione montesquieuiana della moderazione del potere finalizzata alla salvaguardia della

del ragionamento di Condorcet si chiude nello sfortunatissimo (ancorché oggi celebratissimo) progetto di costituzione girondina presentato il 15 e 16 febbraio 1793, in cui l'illustre matematico e costituzionalista scrive: «*Au Corps législatif seul appartient l'exercice plein et entier de la puissance législative*». La non meno sfortunata costituzione giacobina dell'anno I seguirà l'analogo schema rousseauviano di un «esecutivo totalmente subordinato all'Assemblée»¹⁴¹.

Il costituzionalismo democratico ha finito così per radicalizzare una teoria normativa della “separazione funzionale” fatalmente inconciliabile con la realtà politica delle forme di governo e nondimeno, nelle sue implicazioni di fondo, ancora oggi ben radicata nel sostrato di molte costituzioni razionalizzate degli stati democratici, la cui concreta applicazione produce fatalmente un conflitto irrisolto – per usare con molta libertà due categorie di Tommaso d'Acquino – tra “legge umana” e “legge naturale”.

Da Rousseau in poi la metodologia storica e comparativo-induttiva seguita da Montesquieu, ancorché mai del tutto abbandonata, è stata surclassata dall'esigenza rivoluzionaria di affermare, nella costruzione dei nuovi sistemi di governo positivizzati, il principio di uguaglianza e la sovranità popolare (o nazionale, nell'impostazione di Sieyès), esigenza alimentata, più a monte, dalla fiducia illuministica nella creatività del potere costituente in materia di organizzazione dei poteri (mentre nelle dichiarazioni dei diritti prevaleva un approccio giusnaturalistico)¹⁴².

Ma ci sono due aspetti paradossali della vicenda. Il primo è che i costituenti rivoluzionari hanno finito per recepire la “norma” montesquieviana che esclude l'organo esecutivo dal corpo legislativo e dalla titolarità della relativa *puissance* (quantunque essi l'abbiano ampiamente rimodulata e adattata alle loro esigenze). In secondo luogo, a rivelare la fragilità della formula che attribuisce alle sole camere la titolarità della *puissance législative* e che tanto duraturo successo era destinata a incontrare nelle tradizioni costituzionali democratiche è, ancora oggi, lo stesso metodo scientifico impiegato a suo tempo da Montesquieu e basato sull'analisi storica della *effettualità* delle forme di governo¹⁴³; metodo oggi reso più affidabile dall'evoluzione

libertà.

¹⁴¹ «in quanto – seguendo Rousseau – esso dovrebbe soltanto eseguire» (N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali* (online), cit., p. 22). A ben vedere, dunque, la subordinazione dell'esecutivo al legislativo non nega ma anzi enfatizza l'idea della separazione funzionale. E non è un caso che A. Carena, *Il principio della divisione dei poteri nello Stato costituzionale*, cit., p. 274, arrivi ad affermare – forse con una semplificazione eccessiva – che «la stessa rigorosa interpretazione del principio di divisione dei poteri, secondo la dottrina del Montesquieu, fu accolta anche nelle successive Costituzioni rivoluzionarie, così in quella del 1793, come in quella dell'anno III».

¹⁴² Anche se deve in proposito precisarsi, con B. Mirkine-Guetzévitch, *De l'«Esprit des lois» au constitutionnalisme moderne*, in *Revue internationale de droit comparé*, cit., pp. 211-212, che è quantomai inesatta la semplicistica e rigida contrapposizione tra la rivoluzione francese “secondo Montesquieu” e la rivoluzione francese “secondo Rousseau”, cioè tra una rivoluzione buona (quella dell'assemblea costituente e dei seguaci del primo) e una rivoluzione cattiva (quella della convenzione, influenzata dal pensiero del secondo).

¹⁴³ L'analisi scientifica – mai meramente descrittiva – dei sistemi di governo proposta da Montesquieu non si concentra sulle cause ma sulla comparazione degli effetti, al fine di delineare modelli basati su regole universalmente valide. È lo stesso pensatore bordolese a

della scienza comparativa. Per usare le parole di Tocqueville, «*Montesquieu ait vécu dans un temps où il n'eût pu expérimenter la politique dont il a tant avancé la science*»¹⁴⁴.

Tornando al presente, nessuno può dubitare che la marginalizzazione del parlamento nell'ambito dell'effettivo esercizio della funzione legislativa costituisca un dato patologico per il costituzionalismo, tanto è vero che tale fenomeno si è storicamente affermato nei regimi che, del costituzionalismo, hanno rappresentato la negazione epistemologica. E nemmeno si può pensare di riaccreditare l'idea di quel quarto potere, il «potere corporativo», di cui trattava Sergio Panunzio nel delineare un'esigenza fondamentale dello stato fascista, ossia che i distinti poteri dovessero essere «non meccanicamente separati, ma organicamente riuniti, cooperanti gerarchicamente non paritariamente, armonizzati ad un unico fine: l'unità dello Stato»; il tutto sotto l'egida del gran consiglio del fascismo, ossia «l'organo tecnico di questa sintesi di poteri»¹⁴⁵.

Semmai, la giusta difesa della distinzione delle competenze tra governo e camere nel procedimento legislativo e in generale nell'esercizio dei poteri di normazione primaria, così come l'affermazione della (auspicabile) primazia delle camere rappresentative nella discussione dei contenuti della legislazione, non comportano affatto che i due organi, governo e parlamento, operino o debbano operare ontologicamente su di un diverso piano funzionale, come invece deontologicamente affermano molte costituzioni odierne sulla scia di un'impostazione dogmatica oggi più che mai meritevole di essere riconsiderata da parte degli studiosi delle forme di governo¹⁴⁶.

La dottrina costituzionalistica contemporanea, salvo alcune isolate eccezioni, insiste infatti nel configurare la funzione legislativa come la più autentica manifestazione del potere delle camere rappresentative. Tradizionalmente, anche nell'ambito più specifico della forma di governo parlamentare, prevale la tendenza a proporre una classificazione bipartita delle principali funzioni del parlamento, in cui si annovera, accanto alla preminente funzione legislativa, la funzione di controllo

offerirci *ex post* una preziosa precisazione circa la metodologia e l'approccio relativi alla sua *opus maius* nel libello *Défense de l'Esprit de lois* (1750), in *OEuvres complètes de Montesquieu*, cit., pp. 529 ss., in cui Montesquieu, rispondendo in terza persona alle critiche pubblicate dal periodico giansenista *Nouvelles ecclésiastiques*, chiarisce: «*Il ne parle point des causes, et il ne compare point les causes ; mais il parle des effets, et il compare les effets*» (ivi, p. 530). Di qui la possibilità di ricavare «*règles du mouvement*» sempre valide. Infatti «*elles sont invariables, parce que Dieu a voulu qu'elles fussent telles, et qui'il a voulu conserver le monde*» (*ibidem*).

¹⁴⁴ A. de Tocqueville, *Discours prononcé à la séance publique annuelle de l'Académie des Sciences Morales et Politiques du 3 Avril 1852*, in Id., *OEuvres complètes*, vol. XVI, Paris, 1951, p. 231.

¹⁴⁵ S. Panunzio, *Teoria generale dello stato fascista*, 2^a, Padova, 1939, p. 23.

¹⁴⁶ Anche perché il lascito di questa impostazione dogmatica è una divergenza evidentissima tra l'allocazione *istituzionale* reale (cioè politica) del potere legislativo e quella giuridica, rivelatasi molto spesso priva di un'effettiva forza cogente, motivo per il quale tale divergenza ha finito per aprire una ferita nella "credibilità" del costituzionalismo. Quello delle funzioni normative del governo è infatti un terreno su cui – come osserva M. Cartabia, *Legislazione e funzione di Governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, p. 52 – «si coglie una macroscopica distanza tra la riflessione giuridica e la realtà politica, una distanza che genera uno stato di crisi».

politico (o, talvolta, l'insieme delle «altre» funzioni, diverse da quella legislativa, che dunque resta la principale)¹⁴⁷. Eppure la scienza politica riferisce di una realtà molto diversa: i parlamenti hanno agito nel corso della storia «come organismi di rappresentanza politica, poi di controllo degli esecutivi e di consulenza, poi ancora di contrappeso politico e di indirizzo e molto più raramente di legislazione e di governo (se queste due funzioni vengono interpretate correttamente)»¹⁴⁸.

Nel continente europeo è soprattutto Maurice Hauriou a cimentarsi nel tentativo di ricostruire la funzione parlamentare emancipandola dal retaggio montesquieuiano del *corps législatif* e definendola funzione deliberante¹⁴⁹. Ma sono, ancora una volta, i più attenti osservatori dell'evoluzione del parlamentarismo inglese a fornire un quadro meno dogmatico della funzione parlamentare. A parte la celebre pentapartizione proposta da Bagehot, che però include anch'essa la funzione legislativa intesa in termini piuttosto ortodossi¹⁵⁰, più di recente sono soprattutto Griffith, Ryle, Blackburn e Kennon a tentare di disarticolare il potere legislativo in una funzione tipicamente governativa di «*input of business*» e in una funzione tipicamente parlamentare di «*debating forum*» (e di forum deliberativo)¹⁵¹.

L'essenza della funzione parlamentare andrebbe pertanto ricondotta alla peculiare composizione dell'organo che ne è titolare e quindi alla sua differente e più «inclusiva» rappresentatività nonché alla piena *accountability* della decisione politica che solo il forum parlamentare riesce a garantire (specialmente se a inverare l'organo esecutivo è un collegio più ristretto «derivato» dalla maggioranza parlamentare)¹⁵².

¹⁴⁷ Tra le voci più critiche verso la bipartizione dottrinale classica delle funzioni parlamentari nella tradizione francese – e, in particolare, verso le tesi che guardano alla funzione legislativa come principale funzione del parlamento – spicca oggi quella di A. Le Divellec, *Le parlement en droit constitutionnel*, in O. Rozenberg, E. Thiers (a cura di), *Traité d'études parlementaires*, Bruxelles, 2018, pp. 139 ss. Sulle classificazioni delle funzioni parlamentari nel contesto ordinamentale italiano, cfr., tra gli altri, A. Manzella, *Il parlamento*, Bologna, 1977; R. Dickmann, S. Staiano (a cura di), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza dell'Italia*, Milano, 2008; D. Giroto, *Considerazioni sulle funzioni non legislative e sul ruolo del Senato nella Relazione della Commissione per le riforme costituzionali*, in *Le Regioni*, n. 4/2013, pp. 701 ss.

¹⁴⁸ G. Pasquino, *Rappresentanza della complessità e governabilità democratica*, in *Democrazia e diritto*, n. 1-2/1987, p. 50.

¹⁴⁹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel* (1929), 2^a, Paris, 2015, p. 349. Sul valore di questa visione innovativa di Hauriou cfr. A. Le Divellec, *Le parlement en droit constitutionnel*, cit., p. 149.

¹⁵⁰ Cfr. N. Lupo, *La classificazione delle funzioni del parlamento tra storicità e attualità del pensiero di Walter Bagehot*, in G. Di Gaspare (a cura di), *Walter Bagehot e la Costituzione inglese*, Milano, 2001, pp. 101 ss.

¹⁵¹ R. Blackburn, A. Kennon (a cura di), *Griffith & Ryle on Parliament*, cit., pp. 6-7, per i quali le camere non coincidono in realtà con il corpo legislativo essendo piuttosto «*forums within which the contending powers – the parties and those whom they represent, and the individual Members or peers – publicly debate the issue of the day and matters of their choosing, and through which the government may secure the authority it needs for the implementation of its policies and the exercise of its powers*». Sicché, la funzione principale di questi organi è piuttosto quella di esercitare un «*constant scrutiny over those who have the powers of government*».

¹⁵² È dalla natura rappresentativa del parlamento che infatti discende quella funzione parlamentare di controllo in senso ampio che pone il parlamento al centro dell'intera struttura di

Come un velo di Maia, le norme costituzionali che, nelle democrazie parlamentari contemporanee, attribuiscono ancora oggi la funzione legislativa alle sole camere, escludendo formalisticamente l'organo governativo (nonché gli altri organi coinvolti, a vario titolo, nell'esercizio effettivo di questo potere), impediscono di identificare nitidamente il nucleo incompressibile della funzione parlamentare, il quale, in assenza di una chiara visione sistematica, finisce per trovare una protezione soltanto parziale e sporadica¹⁵³. Abbandonata la fuorviante e generica affermazione della titolarità formale della funzione legislativa in capo alle camere, ci si dovrebbe piuttosto preoccupare di approntare una più adeguata difesa costituzionale del ruolo e delle specifiche competenze che al forum parlamentare dovrebbero essere incondizionatamente riservati nell'ambito dell'esercizio (per il resto condiviso) della funzione legislativa. Ciò, perlomeno, se si vuole dar credito all'affermazione per cui gli «istituti [del diritto] si foggiano sulla storia e su valori pratici»¹⁵⁴.

Resta però il fatto che l'attività costituente rivolta alla razionalizzazione giuridica del potere, in quanto attività di natura eminentemente politica, è libera, come lo fu del resto anche al tempo della rivoluzione francese, di non seguire i suggerimenti derivanti dalla comparazione diacronica delle forme di governo, modificando a sua discrezione – come direbbe Montesquieu – «*les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses*»¹⁵⁵.

* * *

Abstract

Ita

Il potere di veto del monarca sulla legislazione viene configurato da Montesquieu come una «facoltà di impedire», contrapposta alla «facoltà di statuire» di cui sarebbe invece dotato solo l'autentico titolare del potere legislativo. Per questa ragione Montesquieu, a differenza di Locke, isola il vertice dell'esecutivo dal corpo legislativo, che nella sua visione si compone soltanto della camera del popolo e della camera dei nobili. Tuttavia, il postulato in base al quale il potere di veto non si potrebbe mai tradurre in una facoltà di statuire è contraddetto sia dalle potenzialità intrinseche di ogni facoltà c.d. “negativa” sia dalla prassi dello strumento nella storia costituzionale inglese sia, infine, dalle esperienze costituzionali che hanno tradotto in

governo, come osserva A. Manzella, *Il parlamento come organo costituzionale di controllo*, in *Nomos*, n. 1/2017.

¹⁵³ Mi sia consentito rinviare in proposito a M. Frau, *Brevi spunti comparativi per una teoria della funzione parlamentare, tra debating forum e pouvoir représentatif*, in *Nomos*, n. 3/2019.

¹⁵⁴ G. Balladore Pallieri, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, cit., p. 822, *apud* G. Grasso, M. Manfredloti, *Poteri e funzioni dello stato*, cit., p. 156.

¹⁵⁵ Così essendo definite dal filosofo bardoiese «*Les lois, dans la signification, la plus étendue*» (*EL*, libro I, capitolo I, p. 190). Tutti gli esseri hanno le loro leggi: la divinità, il mondo, le bestie e l'uomo, nella sua distinta qualità di creatura intelligente (*ibidem*), sicché: «*L'homme, comme être physique, est, ainsi que les autres corps, gouverné par des lois invariables; comme être intelligent, il viole sans cesse les lois que Dieu a établies, et change celles qu'il établit lui-même*» (*ivi*, p. 191).

norma giuridica lo schema teorico montesquieviano della *faculté d'empêcher*, come la costituzione degli Stati Uniti e la costituzione francese del 1791. Lo schema montesquieviano dell'esclusione dell'organo esecutivo dal corpo legislativo, nonostante questa contraddizione, è stato recepito, rimaneggiato e ulteriormente sviluppato dal costituzionalismo democratico che, sulla base del principio della sovranità popolare, lo ha tradotto nella subordinazione dell'esecutivo, ormai privo di autonoma legittimazione, al legislativo, titolato in virtù della sua natura rappresentativa a esprimere la volontà generale. Tale subordinazione è stata dapprima sublimata e successivamente contraddetta dagli sviluppi del regime parlamentare e dalla progressiva emersione della funzione di governo. Eppure molte costituzioni scritte contemporanee continuano ad accogliere una visione riduttiva e fuorviante del corpo legislativo, producendo una contraddizione insanabile rispetto al reale funzionamento dei sistemi di governo e alimentando, paradossalmente, la tendenza dell'esecutivo a usurpare proprio quelle prerogative che dovrebbero essere costituzionalmente riservate al forum parlamentare.

En

The executive's veto power over legislation is configured by Montesquieu as a 'faculty to prevent', as opposed to the 'faculty of ruling' which only the true holder of legislative power should have. For this reason Montesquieu, unlike Locke, separates the head of the executive from the legislative body, which in his view consists only of the people's chamber and the chamber of nobles. However, the postulate according to which the power of veto could never be translated into a power to rule is contradicted both by the potential implications of the so-called 'negative power' and by the constitutional practices in comparative perspective (considering the English constitution, the United States constitution and the French constitution of 1791).

Despite this contradiction, the Montesquieu's theory (about the exclusion of the head of the executive from the legislative body) was subsequently implemented, reframed and further developed by the democratic constitutional thought. The principle of popular sovereignty, indeed, translated that theory into the subordination of the executive (devoid of autonomous legitimacy) to the legislative (entitled by virtue of its representative power to express the general will). This subordination was first sublimated and subsequently contradicted by the developments of the parliamentary form of government and by the 'nearly complete fusion' of executive and legislative powers. Yet many contemporary written constitutions continue to outline a reductive and misleading vision of the legislative body. So they produce an irremediable contradiction with respect to the real functioning of systems of government. This contradiction, paradoxically, increases the tendency of the executive body to violate precisely those prerogatives that should be constitutionally reserved to the parliamentary forum.

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)